

مبدأ المشروعية والمنازعة الإدارية

د. يوسف حسين محمد البشير

أستاذ ورئيس قسم القانون العام

كلية القانون

جامعة النيلين–السودان

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـدمة:

الحمد لله الذي هدانا السبيل وأوضح لنا المنهج وقال في كتابه المبين(وان هذا صراطي مستقيماً فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله،وذلكم وصاكم به لعلكم تتقون)[1] وقال تعالى مخاطباً نبيه صلى الله عليه وسلم (إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما) [2]

والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث بأفضل المناهج والشرائع على حين فترة من الرسل، فكان خير رسول لخير أمة أخرجت للناس، تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر .

وبعد،،

يأتي هذا المؤلف "مبدأ المشروعية والمنازعة الإدارية" معيناً لطلاب برنامج الماجستير فى القانون العام (الدراسات العليا)، حيث تقتضى طبيعة الدراسات العليا أن تكون (ولاً) دراسات متعمقة تتجاوز المبادئ الأولية؛ (ثانياً) أن تكون دراسات متخصصة، والمقصود منها ليس التكوين العام وهو أمر سابق لها، بل التكوين الخاص للطلاب من حيث تكوين ملكة البحث الدقيق المتقصى للحقائق العلمية وإضافة الجديد والبعد عن العقم المعرفي .

منهج البحث:

أتبعنا فى هذا المؤلف منهجاً نعقد المقارنة فيه ما بين التصور الإسلامي للمشروعية مع ما توصلت إليه البشرية منذ العصور القديمة لهذا المبدأ، واضعين فى الاعتبار إختلاف المناهج المستخدمة في النظم الوضعية وأسلوب استنباط الأحكام وتقنيتها فى الفقه الإسلامي، حتى لايؤدى إلي الخلط والتعارض فى المصطلحات.

---

[1] سورة الأنعام – آية 153.

[2] سورة النساء – آية 105.



خطة البحث:

عالجنا الموضوعات في هذا المؤلف في ثلاثة أبواب خصصنا الباب الأول لمضمون مبدأ المشروعية في النظم الوضعية والنظام الإسلامي من حيث أساس كل منهما وخصائصه ومصادره ووسائل رقابته. أما الباب الثاني فيهتم بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة في السودان.

نأمل أن يتحقق النفع بجهدنا هذا الذي لم يكن فى مقام الإحاطة بالموضوع فى كل جوانبه فالقصور شيمة كل عمل إنساني .

د.يوسف حسين محمد البشير

أم درمان

2009م



الباب الأول
مبدأ المشروعية ومدي خضوع سلطات الدولة الإدارية للقانون

الفصل الأول
مضمون المبدأ المشروعية

معلوم أن سلطات الدولة في العصر الحديث قد اتسعت، فقد كان دورها فيما مضى مقصوراً على الدفاع عن أراضيها من الاعتداء عليها خارجياً وحفظ الأمن الداخلي والفصل في المنازعات عن طريق ولاية القضاء، أما الآن وفى ظل هذه الدولة الحديثة والتي أخذت على عاتقها أن تهيئ لأفرادها مختلف الخدمات من صحة وتعليم وإسكان وتجارة وصناعة، وعلى الدولة لكي تقوم بدورها أن تنشئ الهيئات الإدارية التي تؤدى هذه الخدمات، وكان عليها أيضاً أن تمنح هذه الهيئات العامة قدراً من السلطات والوسائل التي تعين على أداء هذه الخدمات وذلك بموجب قوانين حسب مقتضى الحال.

ووسط هذه السلطات المتسعة لهذه الهيئات العامة والتي لاغنى عنها لانتظام حياة الأفراد فى المجتمع، قد تعتدي هذه الهيئات العامة على حقوق وحريات الأفراد عن طريق الخطأ فى تطبيق القانون او تجاوز السلطات بما يكون فيه اعتداء على حقوق الافراد.

إن الضمانة الأساسية التى تحمى الأفراد من تعسف هذه الهيئات العامة فى ممارسة وظائفها المختلفة، هى خضوع هذه الهيئات للقواعد القانونية المعدة سلفاً والتى تمثل البناء القانونى فى الدولة. ويسمى ذلك اصطلاحاً بمبدأ المشروعية[1] الذي أصبح طابعاً مميزاً للدولة الحديثة الخاضعة للقانون حاكماً ومحكومين.

---

[1] لفظ مشروعية مشتق من فعل "شرع يشرع" وهو يفيد البدء فى السير على أساس منظم، أي علي أساس من التنظيم السبق، ومنه الشارع، وهو الطريق المعد للسير ومنه المشرع وهو الفكرة المنظمة، والتشريع وهو القاعدة العامة (المنظمة) بكسر الظاء. والمشروعية مشتقة من المصدر "الشرع" او الشريعة او الشرعة وهى العادة او السنة او المنهاج ويقو الله تبارك وتعالى " لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً " –آية 48 سورة المائدة .



وإن خضوع الدولة فى جميع سلطاتها والهيئات التابعة لها لمبدأ المشروعية هو أفضل الحلول الممكنة للتوفيق بين ما تتمتع به هيئات الدولة من سلطات لاغنى عنها لانتظام حياة الأفراد فى المجتمع وبين المحافظة على حقوقهم وحرياتهم.

غير أن خضوع الدولة للقانون لا يكون رهيناً بإرادتها فحسب، إن شاءت خضعت وإن شاءت أحجمت، إنما يتعين إلزامها بهذا الخضوع، ومن هنا نشأت فكرة الرقابة على أعمال الدولة المختلفة، وذلك تفادياً لخروج الدولة على القانون. ومقتضى هذا الخضوع يتمثل فى مطابقة أعمال الدولة للقواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانونى للدولة بتدرجه المعروف، حيث تقف القواعد الدستورية على قمة النظام القانونى بوصفها أداة التعبير عن إرادة السلطة التأسيسية القائمة بوضع الدستور، وهى فى الأنظمة الديمقراطية سلطة الشعب فى اختيار نظام الحكم. وتلى القواعد الدستورية فى المرتبة، القواعد التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية التى تعبر عن الإرادة العامة للأمة فى مجال التشريع الذى تسنه، وفى نهاية سلم التدرج تأتى الأعمال ألا دراية (اللوائح والقرارات الادراية) وهى وسيلة الإدارة فى الإفصاح عن إرادتها من أجل تنفيذ القوانين وتسيير النشاط الضبطى والمرفقى.

واشد السلطات خطراً على الحريات وحقوق الأفراد هى السلطة التنفيذية، وذلك بحكم طبيعة وظيفتها وبما لديها من إمكانيات كبيرة يمكن أن تمس حرياتهم وحقوقهم، أما السلطة التشريعية فتقوم أساساً بوضع التشريعات، وهى قواعد عامة مجردة تحكم قدراُ كبيراً من أنواع السلوك الاجتماعي فى الدولة، وتخضع فى ممارسة نشاطها لقواعد القانونى الدستوري، ويجوز فى غالب الأنظمة القانونية الطعن بعدم الدستورية فيما تضع من تشريعات [1].

ويجمع كثير من فقهاء القانون العام على اعتبار ان المشروعية ألفاظا مترادفة لمعنى واحد وهو سيادة حكم القانون، ولكن بعض الفقهاء يفرقون بين المشروعية والشرعية، فيرى بعضهم أن الشرعية مشتقة من الشرع بصيغة " الفعليه " ومعناها موافقة الشرع.

[1] والمشروعية مشتقة من الشرع بصيغة " المفعولية" وتفيد محاولة موافقة الشرع، والمحاولة قد تصيب وقد تخيب. فالشرعية فكرة مثالية تحمل فى طياتها معنى العدل وما يجب أن يكون عليه القانون، ومفهومها أوسع من مجرد



أما السلطة القضائية فى الأصل ألاّ خطر منها على الأفراد لأن دورها يتمثل فى الفصل فى المنازعات تطبيقاً للقانون وحماية للحقوق والحريات.

وتنطوى السلطة التنفيذية فى الحقيقة على جانبين : جانب حكومي وهو الذى يرسم السياسة العامة للدولة ويمثل عنصر القيادة فيها ولاشك خطورة سلطة القيادة فى الدولة إذا كانت استبدادية، إذ تستطيع أن تعصف بحقوق الأفراد وحرياتهم، ولا سبيل لتفادى ذلك إلا بخضوع كافة أعمال السلطة التنفيذية للقانون وفرض الرقابة القضائية على مشروعيتها بصرف النظر عن الجهة القضائية[1],المختصة للقيام بهذه المهمة .

أما الجانب الإداري للسلطة التنفيذية الذى تتدخل فيه عن طريق تنفيذ القوانين وتشغيل المرافق العامة فى الدولة، وهو الذى يؤثر فى حياة الأفراد تأثيرا مباشراً، ولا يمكن أن يكون الفرد فى مأمن من أعمال الإدارة ما لم تكون مقيدة بالقانون[2].

إحترام قواعد القانون الوضعي العادلة، وتتضمن قواعد أخرى يستطيع عقل الإنسان المستقيم أن يكشفها ويجب أن يكون المثل الأعلى الذي يتواخاه المشرع فيما يصدره من التشريعات. أما المشروعية فمعناها احترام قواعد القانون القائمة فعلاً فى المجتمع.

د. وجدى ثابت مبدأ المشروعية، دار النهضة، ط1991م، القاهرة، ص19 .

(1) راجع فى ذلك : د. فؤاد العطار – ود. محمد كامل ليه – الرقابة القضائية على اعمال الادارة دار النهضة طبعه 1968م–ص20، د. وجدى راغب، منشأة المعارف، ط 1985م، ص 18.

(2) د.ماجد راغب – مرجع سابق – ص19



المشروعية العليا:

من المعلوم أن المشروعية بمعناها الشامل هى سيادة حكم القانون (rule of law) هى مطابقة أي تصرف او عمل قانوني لأحكام القانون سواء أكان ذلك التصرف فى مجال القانون العام، او القانون الخاص، فيندرج تحت ذلك خضوع القوانين والقرارات على درجاتها للقانون وخضوع الحرب والمعاهدات الدولية وكذلك مشروعية الأحكام القضائية والعقود وأعمال التنفيذ سواء فى مجال القانون الخاص او القانون العام[1].

خضوع الأفراد للقانون فى مجال القانون الخاص لا يثير إشكالاً للمساواة القانونية بين طرفى العلاقة، ولما يملكه الفرد من وسائل مباشرة كالالتجاء إلى السلطات العامة أو مقابله عدم التنفيذ بمثله او إبداء الدفوع وغير ذلك مما يكفل سيادة القانون بين الأفراد[2].

أما في مجال القانون العام فان المشكلة تثور فى شكل التزام الحاكم للقانون وإخضاعه له، فان للحاكم يداً عليا على الأفراد ولا يتساوى معهم فى علاقاته القانونية التى تربطهم به. كما أن الضرورة القانونية أثبتت وجوب الاعتراف له بحيز خاص من الحرية فى أعمال السلطة العليا. وفيما يترخص فيه من التقدير والملاءمة فى الشئون الإدارية[3].

يقود مبدأ المشروعية إلى ظاهرة تدرج القواعد , ومقتضاها أن التشريعات والتصرفات يخضع بعضها لبعض على مدى تدرجها، فالأدنى يجب أن يكون فى حدود الأعلى.

وفى قمة هذا التدرج تهيمن قواعد الدستور على ما عداها من القواعد التشريعية، فيجب أن يصدر القانون (بمعناه التشكي) الذى تصدره السلطة التشريعية فى حدود الدستور وإلا كان معيب بعيب عدم الدستورية، وجاز طلب إلغائه فى الدولة التى

---

1 – د.وجدي ثابت، مرجع سابق، ص18.

2 –د.ماجد راغب، مرجع سابق، ص20.

3 –المرجع السابق، ص20.



يسمح نظامها بذلك، أو طلب عدم تطبيقه فى الدعوى المعروضة – بطريق الدفع الفرعي – فى البلاد التى يجيز نظامها إلغاء القوانين لعدم دستوريتها، ويكون هذا الدفع بناء على أن المحاكم إذا كانت تطبق القوانين فهى تطبق الدستور من باب أولى[1]. وكذلك يجب أن تصدر اللوائح فى حدود القانون، وفى الحدود التى يجوز فيها إصدار اللوائح، فإذا استلزم الأمر إصدار لائحة أدنى وجب أن تكون فى حدود اللوائح الأعلى على تدرجها[2].

غير أن اللائحة وفقاً للمعيار الشكلي تعتبر عملاً ادرياً لصدوره عن السلطة الإدارية، وهى تعلو على القرار الفردي لان هذا الأخير تصدره الإدارة بقصد إحداث أثر قانوني تجاه فرد معين بذاته ويجب على جهة الإدارة طبقا لما يمليه مبدأ المشروعية فى هذا الشأن، أن تصدر قراراتها الفردية موافقة لقراراتها التنظيمية العامة المجردة (اللوائح) وإلا اعتبرت القرارات الفردية غير مشروعة[3].

ويتعين أن تباشر جهة الإدارة أعمالها سواء كانت فى صورة لوائح او فى صورة قرارات إدارية فردية، وفقاً لما تقتضى به القواعد القانونية الأعلى منها فى المرتبة كالتشريع والدستور. حيث يقتضى منطق التدرج بان تحترم القاعدة الأدنى القاعدة الأعلى منها، وإلا إعتبر القرار مخالفاً للتشريع غير مشروع، كذلك القانون المخالف للدستور غير دستوري.

ويتضح مما سبق أن عدم المشروعية وعدم الدستورية من الجزاءات التى تقرر نتيجة لانتهاك مبدأ المشروعية ومبدأ الدستورية. ويمثل توقيع هذه الجزاءات ضمانة هامة من ضمانات تطبيق هذين المبدأين.

غير أن توقيع هذين الجزاءين منوط بجهة قضائية تتولى الرقابة على مشروعية عمل الإدارة وجهة أخرى تتولى فحص دستورية الأعمال القانونية كلها سواء

---

1 – المرجع السابق، ص20.

(2) د.مصطفى كمال وصفى – المرجع –ص16.

(3) د. وجدى ثابت – مبدأ المشروعية،ود.محسن خليل –القضاء الإداري، الجزء الأول منشأة المعارف – طبعة 1977م– ص23.

القوانين او اللوائح، أما عن جهة الأولى فهي المحكمة الإدارية (أي المحكمة التى لها اختصاص النظر فى دعوى الطعن فى القرار الإداري كما هو الوضع فى القانون السوداني أو مجلس الدولة كجهة قضاء إداري فى النظام اللاتيني " مصر وفرنسا")، أما الجهة الثانية فهي المحكمة الدستورية فى النظام القضائي السوداني او المحكمة الدستورية العليا فى النظام المصري او المجلس الدستوري فى النظام الفرنسي.

ولقد أوجب الشراح أن تكون التصرفات الفردية مسبوقة – فى مجال القانون العام– بالتنظيم السابق، فلا يجوز للإدارة أن تبتدر الأفراد بقرار أداري دون تنظيم سابق، وهذه القاعدة – وجوب التنظيم السابق – قد أصبحت من ضمن المفهومات الأساسية للمشروعية فى الدول المتحضرة، لان القرارات الإدارية هي قرارات شرطية ويتحتم أن تصدر فى مجال مراكز تنظيمية او لائحية، لان من ضمن أسباب الانعدام أن يصدر القرار غير مستند البتة لتنظيم سابق وهذا ما سارت علية محكمة تنازع الاختصاص فى فرنسا[1].

أما فكرة المشروعية العليا فتقوم على أن هناك اعتبارات او قواعد أعلى من النظام القانونى بتدرجه سالف الذكر، وتهيمن عليه ابتداءًمن الدستور نفسه، فجميع القواعد التشريعية ثم التصرفات الفردية من تحتها يجب أن تصدر فى حدود هذه الاعتبارات والتنظيمات العليا وأن تكون فى حدودها. وهذا الجزء الأسمى والأعلى من التنظيم القانونى عرفة الفقه والقضاء وأقره والتزمه تحت أسماء متعددة[2].

فهناك مبادئ عامة للقانون يجب مراعاتها وإعلاؤها، ومن أهم هذه المبادئ، مبادئ الحرية والمساواة والقواعد العامة الأساسية فى العدالة، ومبادئ حقوق الإنسان، فيجب على المشرع إعتماد هذه المبادئ والتقيد بها سواء نص عليها الدستور أو لم ينص عليها، سواء كانت الدولة ممن وافقوا على وثيقة إعلان حقوق الإنسان التي إصداراتها هيئة الأمم المتحدة أو لم تكن منهم. فإذا صدر القانون منافياً لهذه القواعد

(1) مقال د. مصطفى كمال وصفى – أسباب انعدام القرار الإداري، منشورين فى مجلة مجلس الدولة(1957).
(2) مصنفة النظام الإسلامي، د.مصطفى كمال وصفى، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 1977م، ص106.

العليا فيجوز الطعن فيه لعدم دستوريته أي منافاته لهذه القواعد العليا. كما أرسي القضاء فى بحثه الدؤوب عن العدالة مبادئ عامة تهيمن على العلاقات القانونية ويجب أن يفسر القانون على مقتضاها، ومن أمثله تلك المبادئ التى أرساها القضاء فى التعسف فى استعمال السلطة والحق، وفى النظام العام والآداب، ونرى أن بعض التشريعات قد قننت هذه المبادئ التى أرساها القضاء[1]. ولكنها فى نظم أخري تم تطبيقها بلا نص ويتقيد بها القضاء ويهيمن بها على القانون ذاته ويعليها عليه .

كما عرف النظام الإسلامي مثل هذه القواعد والمبادئ كقاعدة رفع الحرج ودفع الضرر وسد الذرائع [2] .

وهذه المبادئ والقواعد العليا برزت فى النظام الاشتراكي وعرفت باسم (المشروعية الاشتراكية) باعتبارها المشروعية العليا التى تهيمن على جميع التصرفات الصادرة عن سلطات الدولة وتعلو على القوانين فيها.

إختلاف مضمون المشروعية العليا فى الدولة غير المذهبية عنة فى الدولة المذهبية:

النزاع المحتدم بين الديمقراطيات الشعبية الإشتراكية والديمقراطيات الغربية الليبرالية قد ألقى بظلاله على النظم القانونية ومفهوم المشروعية فيها.

ولقد اتهم شرّاح النظام الديمقراطي الغربي أن الدولة الاشتراكية هي دولة التحكم الإرهابي ومصادرة الحريات وأنها دولة واقعية وليست دولة قانونية لإنعدام سيادة المشروعية فيها.

بينما يرد شرّاح الإشتراكية على ذلك واصفين النظم الديمقراطية بأنها صنيعة الرأسمالية وأن الحريات فيها من قبيل النفاق الإجتماعي وأنها لا تحقق المبادئ التي تنادي بها، إذ أنه لا حرية للجياع تحت سيطرة رأس المال وضغطه، إلا أن التفرقة الأساسية بين النظامين إن الاعتبارات التي ذكرناها آنفاً تشكل جزءاً من المذهب الذي تؤمن به الديمقراطية الشعبية الإشتراكية ويعتبر التنكر من تلك الاعتبارات خيانة

(1) من أمثله هذه النظم النظام القانوني المصري، فقد قنن هذه المبادئ فى نسيجه التشريعي – راجع د. مصطفى كمال وصفى – المرجع السابق ص 107.

(2) المرجع السابق، ص107.

وطنية تستوجب أقصى العقوبات. أما نظام الديمقراطيات الغربية فيعتبرها قيوداً على النظام العام بفرضها التشريع الوضعي في وقت معين ثم يجوز تعديلها تبعاً لسيطرة الوضع السياسي فيها ولا يعد ذلك مساساً لنظام الدولة.

ومن هنا جاء الإختلاف والتباين بين الدول غير المذهبية والدولة المذهبية في تكييف مضمون المشروعية ووضع القانون وموقعه في كل من النظامين.

فيعتبر المذهب في نظام الدولة المذهبية من قبيل المشروعية العليا التي تعوق القانون، ويعتبر القانون لا يعدو أن يكون أداة داعمة للنظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي وصولاً لمرحلة المشروعية الاشتراكية وهي الغاية النهائية للنظام.

إن الفوارق بين النظامين، نظام الديمقراطيات الغربية والديمقراطيات الشعبية، إنمايرجع إلى أن كل منهما قد تبنى نظاماً قانونياً وأوجد طائفتين من نظام الدولة القانوني، فالديمقراطيات الغربية تسمى دولة غير مذهبية أما الديمقراطيات الشعبية الاشتراكية تسمى دول مذهبية.

فشراح النظام الأول (نظام الدولة غير المذهبية) يتصورون أن تكون الدولة مذهبية ويرون أن هذا قيد لا يمكن قبوله على حريات أساسية نابعة من ذات الإنسان وصفاته الداخلية الأصلية، بينما شراح النوع الثاني لا يتصورون ألاّ يفضي نظام الدولة إلى لا شئ وأن تكون الحريات لا موضوع لها، خوفاً أن تستغل وتوجه توجيهاً ضاراً بالبلاد.

ما عاد الفارق الأساسي بين الدولتين إن إحداهما تعلى الصالح الفردي أو الجماعي أو أنها تقدر مصالح العمال وتعنى بالحريات الاجتماعية والاقتصادية فإن ذلك أصبح سواء في جميع الدول المتحضرة.

أما في الدول غير المذهبية فلا تصل المشروعية العليا هذا الحد، وإن كانت فإنها تخلق قيوداً على المشرع وسيادة على الدستور نفسه[1].

أولاً : المشروعية العليا في الدولة غير المذهبية (لدولة اللبرالية)

---

[1] –د.مصطفى كمال حنفي، مرجع سابق، ص106.



فكرة الحرية المطلقة المجردة فى الدولة غير المذهبية :

الدولة غير المذهبية هي تلك الدولة التى لا يعتنق فيها المجتمع مذهباً محددا بصورة دائمة، ولإفراد المجتمع فى تلك الدول أن يعتنقوا ما يشاءون تحت حماية القانون.

وتشكل فكرة الحرية مطلقة ومجردة مشروعية عليا ولاتحمل مضموناً محدداً كما هو الحال فى الدولة التى تعتنق مذهباً معيناً .

وشكلت هذه الحريات العامة فى النظام الدولة غير المذهبية مشروعية عليا يجب أن تتقيد بها السلطة العامة، وتضع الفرد والسلطة العامة فى موقف التعارض وتجعل من أحدها عدواً للآخر، فتمتنع السلطة العامة من الاعتداء على الأفراد فى حريتهم التى حددها القانون؛ أي أن الفرد له الحرية العامة في الحدود الضرورية التي يتفق عليها المجتمع.

تجد فكرة الحرية المطلقة والمجردة سندها التاريخي من افتراض عقد اجتماعي (social contract) بين الناس الذين تواضعوا فيه على تأسيس المجتمع السياسي (الدولة)، حيث تنازل كل منهم عن قدر من حريته وضمان القدر الباقي وعدم جواز تعرض السلطة للفرد إلا فى الحدود التي كفلها القانون، لان هذه الحريات قد حددها هذا العقد الاجتماعي ولا يجوز تقييدها إلا بموافقة مثلى الجماعة(1).

فكرة العقد الاجتماعي تعتبر من أقدم الأفكار السياسية والقانونية ويمكن رد تاريخ هذه النظرية إلى القرن الخامس قبل الميلاد، حينما أخذ كثير من الفلاسفة يتصورون المجتمع السياسي باعتباره اتحاداً بين الأفراد من أجل الوصول لغايات

---

(1) المرجع السابق ص111



وأهداف معينة، كما تصور ذلك أفلاطون (float[2]) (427-347ق.م) وار سطو Aristotle[3] (384-332ق.م).

تطورت فكرة العقد الاجتماعي وظهرت بمفهومها الحديث ذي الطابع المنهجي فى نهايات القرن السابع عشر وفى القرن الثامن عشر وارتبط ذلك بكتابات ثلاثة مفكرين، توماس هوبر Hobbes (1588-1679)، وجون لوك locke (1632-1704) وجان جاك روسو Rousseau[1].

إلا أن هناك تباين فى طبيعة المواقف الفلسفية التى تبناها كل مفكر والتى انطلق منها ليقيم عليها نظريته.

تفسير العقد الاجتماعي عند توماس هوبز :

يرى هوبز أن الإنسان وهو في هذه حالة الطبيعة قد استشعر عدم الأمن والسلامة على نفسه، فالإنسان بطبيعته ذئب لكل إنسان آخر (أي أن له غرائز الذئب في مواجهة الغير) ولقد اضطر الإنسان لتقسيم حقوقه المطلقة بينه وبين غيره، للاشتراك في حياة اجتماعية منظمة وأن يتنازل الأفراد عن الحرية ووضعت بين يدي الحاكم وهو تنازل مطلق لا رجعة فيه، ويكفل للحاكم أن يسن القوانين بمشيئة مطلقة (وأن يحتكر التمييز بين ما هو عادل وما هو ظالم وما هو مباح وما هو ممنوع).

---

[2] سليل اسرة عريقة في أثينا، وظلت طموحاته وتطلعاته السياسية تؤرقه طوال حياته، أشهر مؤلفاته كتاب (الجمهورية).

[3] فيلسوف يوناني، يطلق عليه المعلم الأول، ويعتبر من جهة نظر الكثيرين من كبار الداعيين للطبقية وملكية العبيد.

[1] هوبز، توماس، فيلسوف إنجلترا الأشهر الذي عرف بنظرياته المادية الميكانيكية وبمساندته للحكم المطلق، يري الكثيرون أن غالبية آراء وأفكاره الاجتماعية والسياسية أبعد ما تكون للروح الديمقراطي.

لوك جون، فيلسوف سياسي إنجليزي يعتبر من أعلام عصر التنوير وشوامخ عصر النظر العقلي، وإعتبر ملهماً للدستور الأمريكي وله تأثير حتى الآن في الفكر الغربي.

روسو، جان جاك، ولد في جنيف، ارتبط اسمه بمؤلفه الخالد "العقد الإجتماعي" الذي اصبح إنجيل الثورة الفرنسية. راجع: د.محمود أبو زيد، الشرعية القانونية، مرجع سابق، ص18.



كان هوبز مدفوع من أجل استباب الأمن في الجماعة إلى إهدار فكرة الحرية الغالية على الإنسان. ووجه الغرابة في هذه الفلسفة أنها تنتزع الاستناد إلى قانون الطبيعة في تأييد سلطات الحاكم واحتكاره السلطان المطلق في الجماعة.

والذي حمل هوبز إخراج نظرية العقد الاجتماعي وفق هذا التصور أنه كان من أشد المتحمسين للملكية الإنجليزية والعاملين على تقوية سلطة الملوك وإطلاقها دون قيد.[2]

تفسير العقد الاجتماعي عند جون لوك:

بدأ (لوك) مختلفاً عن "هوبز" فى تصور حالة الإنسان قبل آن يدخل فى العقد الاجتماعي ، حيث يرى (لوك) أن الإنسان كان فى حالة الطبيعة، أميل إلى السلم والهدوء وتخضع لنوع من القانون الطبيعي ويرى (لوك) أن فكرة العقد الاجتماعي واقعة تاريخية لا مجرد فرض نظري، وهو الذي انتقل به الأفراد من حياة الفطرة البدائية إلى الحياة في مجتمع منظم، ويرى (لوك) أن الناس في حياتهم البدائية كانوا أحراراً ومتساوين في الحرية، حيث كان كل منهم يعمل بطريقة تلقائية ويهدي من عقله على التوفيق بين سلوكه وسلوك سائر أعضاء المجتمع وفق مقتضيات العقل وأصول القانون الطبيعي.

إلاّ أن ذلك لمجتمع الفطري كان يفتقد تنظيماً سياسياً يحقق هذا التوفيق بين المصالح، فكان العقد الاجتماعي هو الوسيلة الفنية اللازمة لتحقيق هذا التنظيم، أي أن الأفراد لم يخرجوا من حالة الفطرة الأولى ويدخلوا في حالة التنظيم السياسي إلاّ بإرادتهم الواعية، وبقصد الانتقال من حالة طبيعية إلى حالة أفضل، تكون فيها حقوقهم وسلامتهم مكفولة وتحقق لهم المزيد من السعادة والرخاء، وليس بتوجيهات العقل والقانون الطبيعي فحسب، بل بسلطة التنظيم السياسي الذي ارتضوا إقامته والقواعد القانونية التي تنبثق من هذا التنظيم.

2 – د.محمود أبو زيد، الشرعية القانونية، مرجع سابق، ص19.

ومن حيث مضمون العقد يرى (لوك) أنه لا يمكن أن يكون هذا العقد قد شمل النزول عن جميع الحقوق للحاكم، لأن من الحقوق ما هو طبيعي غير قابل للنزول عنه، وأن العقد لا يقيم سلطة مطلقة تحكمية، كما أن هذا العقد يعتبر عقداً تبادلياً يفرض على كل من طرفيه التزامات محددة.

تفسير العقد الاجتماعي عند روسو:

اتفق (رو سو) مع (جون لوك) فى تصوره للإنسان فى حالته الأولى السابقة على العقد بأنة كان يتمتع بحريته الكاملة وبالرغم من ذلك عمل على إقامة نظام اجتماعي جديد يكفل الأمن ويحقق العدالة بينهم.

ويرى روسو أن العقد الذى تم بين الأمة صاحبة السلطة على الأفراد جميعاً ، والملك (الحاكم) ليس طرفا فى العقد إنما هو وكيل عن الأمة يحكم وفقاً لإرادتها وللأمة حق عزله متى ما أرادت[1].

ظل مصطلح العقد الاجتماعي متداولاً فى أوساط المفكرين الاجتماعيين وخاصة عند هيجل وماركس إلى أواخر القرن التاسع عشر، ثم انحسر عن الحياة الفكرية والسياسية وانطوى فى عالم النسيان طوال القرن العشرين ثم عاد إلى اللمعان والظهور بقوة فى العقد الأخير من القرن العشرين، ثم شاع استعماله فى أدبيات العلوم الاجتماعية سواء على المستوى العالمي او العربي، وذلك تحت مسمى آخر هو (المجتمع المدنى)، ويتعاظم دور المجتمع المدنى فى استعادة الديمقراطية وحل الصراع سلمياً وحماية الدولة من الانهيار [1].

والمجتمع المدنى هو تلك التنظيمات التطوعية التى تشمل الأحزاب والنقابات والاتحادات والروابط وجماعات المصالح وجماعات الضغط وغير ذلك من الكيانات غير الحكومية التى تمثل حضور الجماهير وتعكس حيوية خلايا المجتمع، الأمر

---

[1] المرجع السابق ص82

[1] ومن أمثلة ذلك انهيار نظام الاتحاد السوفيتي الشمولي، الذي ابتلعت فيه الدولة المجتمع وسحقت الإنسان والمواطن فأنهار داخلياً دون طلقة معادية، لعدم وجود المجتمع الذي يحميها من الانهيار.



الذى يؤدى إلى نشوء مؤسسات أهلية فى المجتمع موازية لمؤسسات السلطة، تحول دون تفردها باحتكار مختلف ساحات العمل العام.

ولقد ترتب علي شيوع هذه الأفكار آثار قانونية أصبحت من الأصول الرواسخ في القانون الحديث ومن هذه الأفكار[2]:

1. نظرية الفصل بين السلطات التى تقتضى اختصاص كل سلطة بوظائفها، إلا أن هذه السلطات تتعاون فيما بينها فى الحدود التى يقرها القانون .
2. تقرير الحق الذاتي للمشرع فيما يضعه من تشريعات، فله أن يبتدر ما يشاء ومن الأوضاع، وليس للمشرع قيد فى ذلك، فله أن يقرر ما يشاء ومما تكشف عنه إرادة المجتمع فى وقته، فإذا سيطرت فى الوقت أفكار تستدعى حماية رأس المال فعل، وإذا سيطرت علية بعد ذلك أفكار لحماية العمال فلا حرج على المشرع ألاّ يتجاهل حمايتهم حتى ولو ناقض اتجاهه الأول، مادام القوى الاجتماعية المسيطرة ترضى ذلك، فليس ثمة مذاهب عليا تضع إطار لاتجاه التشريع وأحكامه بل العبرة بإرادة الجماعة فى كل وقت.
3. تحديد مجال محتفظ به للتشريع وهذا المجال لا يجوز للإدارة التشريع فيه باللوائح.واهم محتويات هذا المجال هو حماية الحريات، فلا يجوز إضافة قيود على الحريات إلا بالقانون الصادر عن السلطة التشريعية (بمعناها الشكلي)، ويجب أن يكون التعرض للحريات تحت حماية القضاء، ومنعاً من إطلاق يد السلطة التنفيذية فى شأن هذه الحريات التى يجب ان يكفل لها الحماية بواسطة السلطة التشريعية من حيث التنظيم، وحماية السلطة القضائية من حيث التنفيذ.
4. فرض الرقابة على أعمال السلطة العامة سواء أكانت هذه الرقابة رقابة سياسية (رقابة المجالس النيابية) او رقابة قضائية بطلب إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون بمعناه الواسع، والتعويض العادل عن آثارها .

---

[2] فهمي هويدى، الإسلام والديمقراطية، القاهرة مركز الأهرام للترجمة والنشر 1993م ص193 د. كمال وصفى، المشروعية فى الدولة الاشتراكية. بحث منشور فى مجلة الإدارة العامة المصرية، العدد الثاني، 1966، ص111.

5. إحاطة السلطة القضائية بضمانات أهمها استقلال القضاء وإحاطة الفرد بضمانات أهمها حق الدفاع وتسبيب الأحكام وحق الطعن.

وهذه الأصول المذكورة آنفا قد أنشأت احكاماً ذات قدسيه خاصة فى مجال المشروعية واعتبرت من قبيل المشروعية العليا التى تهيمن على الدساتير وتعلو عليها.

إلا أن الاتجاه الموضوعي فى النظم غير المذهبية، قد لاحظ أن هذه النظرية (نظرية الحرية الفردية المطلقة) تسمح بنوع من الانحلال الاجتماعي إذ أنه يتعذر بلا شك ان يسير المجتمع بلا مثل عليا وضوابط تعصمه من النزول، والقول بان تكون الحرية مطلقة مجردة لا موضوع لها هو قول غير مأمون العاقبة. فلابد من وجود قيود عليا تهيمن على المجتمع، ويتعين ان يتقيد بها التشريع، فالقول بأن للمشرع سلطة ذاتية مطلقة فى التشريع هو قول لا يخلو من الخطورة، لذلك اتجهت الآراء على وجود قيود عليا على سلطة المشرع تحدد من انطلاقة وتقيده فى التشريع، وهذا الاتجاه نراه قد أكد على المشروعية العليا ولكن لا يصل الى حد تقرير المذهبية لان هذه الآراء والنظريات لم تحدد موضوع هذه المثل واكتفت عند حد الاعتراف بها. فيما يلي سرد لهذه الآراء والنظريات[1]:-

(1) نظرية القانون الطبيعي:

يُعرف القانون الطبيعي بأنه لا يعدو ان يكون ترداداً للقانون الأزلي لدى الكائن العاقل أي هو (الأحكام التي ينكشف عنها العقل الذي يعكس اتجاهات الميول الفطرية والاحتياجات الطبيعية الكامنة)[2].

والقانون الطبيعي هو قانون أبدي لا يتغير لأنه يتلاءم مع عقل الإنسان، فالعقل الإنساني لا يمكن أن يوصف بأنه إنساني مالم يتوافق مع الطبيعة ومتسقاً مع خصائصها، ويرى أنصار تلك النظرية أن قانون الطبيعة عادل بصفة مطلقة أولاً لأنه

---

[1] –د مصطفي كمال وصفي، المشروعية في الدولة الاشتراكية، البحث المشار إليه آنفاً، ص 115.

[2] –د.السيد عبدالحميد فودة، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص18.

يحدد أفعال الأفراد ويوجه تصرفاتهم وثانياً لأنه يقابل مختلف الاحتياجات والظروف في كل الأوقات، ثالثاً، لأنه ليس نتيجة تدريس وتعلم ولكنه يوجد في كل أفراد النوع باعتباره جوهر الطبيعة الإنسانية ذاتها للفرد.[1]

يعتبر القانون الطبيعي أصل القوانين المدنية الحديثة وينطبق على جميع الأفراد والأمم والشعوب بدرجة واحدة نظراً لأنه مؤسس على ما هو عدل في ذاته وعلى ما هو حق بصرف النظر عن الزمان والمكان.[2] وبذلك تمنح قواعد القانون الطبيعي الصفة العالمية الثابتة والتي تخلعها عليها وحدة العقل الإنساني.

ولقد فرق (إيمانويل كانت Immanuel Kant)[3] بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي وأبرز الإزدواج بينهما – الذي يحمي إرادة الأفراد من الخضوع للقوانين الوضعية الظالمة بدعوى الخضوع للقانون الطبيعي، ومرد فلسفته القانونية أن للإنسان قيمة ذاتية مطلقة إذ هو غاية في ذاته وليس وسيلة لتحكم إرادة من الإرادات كإرادة الدولة أو كإرادة المشرع، فالإنسان هو الذي يصنع قانونه بنفسه، أي يعقله وتتقيد بها إرادة المشرع فيما يسنه من قوانين وضعية.

تعبر نظرية القانون الطبيعي عن وجود قانون مثالي يتضمن قواعد تفصيلية تضع حلولاً علمية لكل ما يعرض من مشاكل الحياة الاجتماعية، وتتضمن تلك القواعد مبادئ مثالية ثابتة خالدة تمثل الحد الأدنى للمثل العليا للعدل.[4]

ونظرية القانون الطبيعي يفهم منها أنها تدعو إلى وجوب اتجاه التشريعات نحو هذه المثل وإكتشافها ومطابقتها.

(2) نظرية (دوجى) فى التضامن الاجتماعي:

---

[1] –د.محمود أبو زيد، الشرعية القانونية وإشكالية التناقض بين السلطة والحرية، ط89، ص18.

[2] –المرجع السابق، ص19.

[3] –فيلسوف ألماني يعد مؤسس الفلسفة النقدية ولد في 1724 وتوفي في 1804 ومن اعظم مؤلفاته (نقد العقل الخالص).

[4] –د.السيد عبدالحميد، جوهر القانون، مرجع سابق، ص194.

(دوجى) من فقهاء القانون في فرنسا، ويعد من أشد فقهاء القانون تحمساً لفكرة المشروعية العليا[1]، لقد استخدم دوجي الطريقة العلمية بهدف الوصول إلى بيان كيفية تكوين مضمون القاعدة القانونية، فالقاعدة القانونية عند (دوجي) تبنى على أسس واقعية ملموسة، بحيث تستبعد المبادئ المثالية المستمدة من العقل إذ أنها ضرب من الظن والتخمين وتؤدي إلى الدخول في متاهات ما وراء الطبيعة والخروج عن الواقع المادي الثابت اليقيني[2].

ويرى (دوجي) أن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه والحياة المشتركة في صورة مجتمع أمر حتمي في الماضي والحاضروالمستقبل، وأن الأفراد في المجتمع تربطهم رابطة تضامن، ذلك أن لهم حاجات مشتركة لا يمكن تحقيقها إلاّ بالحياة المشتركة، بحيث يتعاون كل فرد بقدر إمكانياته في سبيل إشباع الحاجات المختلفة لأفراد المجتمع (التضامن بالاشتراك)؛ وهذه الحقائق المادية تؤدي إلى وضع قواعد اجتماعية توجب الإمتناع عن كل ما من شأنه إعاقة التضامن الاجتماعي وتفرض العمل من أجل تحقيق هذا التضامن الاجتماعي[4].

وفي إطار ذلك الواقع ينشأ القانون كمجموعة من القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، بقصد المحافظة على النظام والمصالح المشتركة، بهدف تحقيق التضامن الاجتماعي.

وينشأ القانون عند (دوجي) ويستمد قوته الملزمة من ضرورته للحياة الاجتماعية ويجد أساسه في التضامن الاجتماعي[3].

واستناداً لتلك الوقائع المتسلسلة تولد فكرة الأصل أو الحد الاجتماعي الذي يوجب الامتناع عما يخل أو يضر بالتضامن الاجتماعي بل يعمل على تنمية.

---

[1] –د.مصطفى كمال وصفي، المشروعية في الدولة الاشتراكية، مرجع سابق، ص116.

[2] –د.عبدالحميد فودة، جوهر القانون، مرجع سابق، ص264.

4 – المرجع السابق، ص464.

[3] –المرجع السابق، ص267.



والأصل الاجتماعي قد يكون مجرد أصل اقتصادي حينما يحكم نشاط الأفراد المتصل بالتداول واستهلاك للثروات، ولا يترتب على مخالفته من جزاء إلاّ خسارة محققة في الثروة، وقد يكون أصلاً أخلاقياً يضع قواعد للآداب والتصرف في الحياة الاجتماعية يبتغي التزامها إذ أريد عدم التعرض لاستنكار الناس.

وقد يرتفع الأصل الاقتصادي والأصل الأخلاقي إلى مرتبة الأصل القانوني، فتكون وسيلة الجزاء عند المخالفة الإجبار الاجتماعي عن طريق استخدام القوى المنظمة التي تحتكرها الحكومات اليوم في الدولة الحديثة.

لا يسلم (وجي) بأن يصبح الأصل الاجتماعي قانوناً لمجرد ترتب إجبار اجتماعي على مخالفته وإلا انتهى الأمر إلى أن تكون الدولة- وهي تحتكر سلطة الاجبار في الجماعة- هي التي تخلق القانون، مما يجعل القوة هي أساس القانون وهو ما لا يمكن قبوله، ويرى أن الأصل الاجتماعي يصبح قانوناً عندما تدركه كتلة الأفراد المكونين للجماعة وأن احترامه ضروري لحفظ التضامن الاجتماعي وأن كفالة هذا الاحترام تقتضي استخدام قوة الإجبار الاجتماعي.

ولقد أدرك (دوجي) أن فكرة الشعور بالتضامن الاجتماعي لا تصلح وحدها أساساً للقاعدة القانونية، فأضاف عنصر آخر هو الشعور بالعدل ولا يعني ذلك العدل المطلق كمبدأ مثالي، إذ أنه يخرج عن نطاق الواقع المادي، إنما المقصود هو العدل الذي يشعر به جمهور الأفراد في المجتمع.

إن هناك ثمة اختلاف بين الشعور بالعدل والشعور بالتضامن، الشعور بالعدل ذاتي حيث يحس الإنسان بمقتضاه بكيانه المستقل عن غيره، وبحقوقه المأمونة مما يوجب عليه احترام الكيان الذاتي للآخرين وحقوقهم الخاصة، أما الشعور بالتضامن الاجتماعي فإن منبعه إحساس الإنسان بكونه عضواً في الجماعة، مما يفرض عليه العمل على تحقيق التضامن الاجتماعي عما يعيق ذلك التضامن.

ويرى (دوجي) أن نشاط الإنسان محكوم بشعوره المزدوج بصفته الاجتماعية التي تولد عنده شعور التضامن وبصفته الفردية التي تولد عنده شعور العدل، وتوصل

(دوجي) في نهاية بحثه إلى أساس القاعدة القانونية أساس مزدوج يقوم على عنصرين، شعور الاجتماعية وشعور التضامن من ناحية أولى، وشعر العدل من ناحية ثانية، وعندئذ تتوافر للقاعدة القانونية الأساس الواقعي المستمد من الواقع والتجربة، بدلاً من الأساس التقليدي المبني على مجرد التصور والتفكير الذي يفرض جملة من المبادئ أو المثل العليا كمسلمات أولية[1].

(3) نظرية المنظمة :

وهى التى نادى بها (هوريو وريناار) فى فرنسا وغيرهما فى إيطاليا وألمانيا، وتبشر هذه النظرية بظاهرة فكرية جديدة فى القانون، مقتضاها أن الإنسان بطبيعته هداف وذو أغراض، وهو يحول غرائزه ورغباته ونوازعه المعتادة (غرائزه فى التملك والتزويج وغيرها) الى أغراض دائمة مستمرة يؤمن بها هذه الاحتياجات الطبيعية ويحيطها بتنظيم يحاول به المحافظة عليها واستدامتها وبقائها، يكون مدفوعاً فى ذلك برغبات معقولة ومشروعة هى التى ينشئ النظم من أجلها. فانشأ نظام الزواج ونظام الملكية بأنواعها أحاطها بقيود الحفظ وعدم الاعتداء وتنظيم الاستغلال والاستعمال والتصرف، ولحاجته للاستهلاك انشأ المحال والشركات والمشروعات لتزويده بما يحتاج، ومن أجل حاجته للأمن الداخلي والخارجي انشأ المنظمات لتقوم عليها وترعاها. ولهذه المنظمات أشخاص قانونية ولها حياة قانونية داخلية تستلزم ثلاثة عناصر :

أعضاء متماسكون حول الهدف، قاعدة موضوعية تنظم تحقيق هذا الهدف وتمنع انهياره والانحراف به عن موضوعيته، وسلطة عليا تقوم بتنفيذ الهدف ويتماسك حولها الأعضاء، وللأعضاء الدفاع عن المشروعية بالاعتراض قانوناً او قضاءً او المقاومة.

ويعتقد أنصار هذه النظرية ان المنظمات بينها نوع من التسلسل حسب أهميتها وحيوية هدفها، ومن شان المنظمة العليا ان تهيمن على المنظمة الدنيا.

---

[1] –د.عبدالحميد فودة، المرجع السابق، ص269.

وتخضع الأخيرة لها، ويجب أن تصدر فى حدودها ولا يقدر لها البقاء إلا إذا طابقت الأعلى .

وينتهي أنصار نظرية المنظمة إلى القول بأن لكل منظمة قواعدها الموضوعية التى يجب ألا تتجاوزها السلطة المكلفة بتنفيذها ولا تنحرف فى وظيفتها الموضوعية فى تحقيق الغرض ومراعاة استمراره، وعلى أعضاؤها التماسك للدفاع عنها، وهذا دفاع عن المشروعية حتى تلتزم السلطة فى تصرفاتها حدود القانون، وهذه المشروعية ليست قاصرة على احترام القاعدة الموضوعية التى تحكم النظام، بل تمتد الى احترام المشروعية العليا المستمدة من نظم المنظمات الأعلى[1].

وتوصف هذه النظرية بأنها واقعية متفقة مع حقائق الحياة البشرية، وتٌجمع هذه النظرية لصدقها كل الاتجاهات الفكرية فى مجال القانون وهى بحق فجراً لظاهرة قانونية شاملة عمت أفكارها مختلف فروع القانون وسرت اصطلاحاتها فيها جميعاً ، بل وعدل الكثيرون بمقتضاها عن تقسيم القانون الى عام وخاص وقسموه الى نظامي وفردي.

4. نظرية الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية:

إذا كان الفرد قد يتعسف فى استعمال حقه، والإدارة قد تتعسف فى استعمال سلطتها، فكذلك المشرع قد يتعسف فى استعمال سلطته وتشريعه، ويكون ذلك فى مجال سلطته التقديرية وهى الأصل الغالب .

وإذا انحرف المشرع فى استعمال سلطته فان التشريع يكون غير دستوري ويمتنع تطبيقه بطريقه الدفع الفرعي وبالدعوى ألا صليه، إلا أنه يجب الأخذ بمعيار موضوعي وهو الانحراف عن الغاية المقصودة من التشريع لا بمعيار ذاتي مستمد من نوايا مصدر التصرف ويجب ان لا يخالف التشريع مبادئ القانون الأعلى وعدم جواز المساس بها.

---

[1] د.مصطفى كمال وصفي، المرجع السابق، ص 120.



لما تقدم نرى ان الضرورة الواقعية تحتم وجود مبادئ عليا تهيمن على التشريع الوضعي وتسيطر عليه .

ولكن هذه المبادئ العليا التى وردت فى أذهان المفكرين كقيد على حرية المشرع فى التشريع لم تكن على درجة من التحديد والتعيين، لان القيود لا تكون مجردة، ولقد انتقدت نظرية القانون الطبيعي ، حيث يرى (جيرمي بنتام Jeremy Bentham)[1] إن فكرة القانون الطبيعي تقوم على أساس وهمي وغير قابل للمعرفة العملية ولعدم وجودها في الواقع الحسي الملموس، علاوة على عدم إمكانية تصور قانون طبيعي مستقل عن القانون الوضعي فإذا كان فكرة القانون الطبيعي مضمونها أساس أخلاقي يتضمن مبادئ عظام إلا أن هذه المبادئ بينها تعارض في حالات عديدة، كما يعجز القانون الطبيعي في تحديد ما هو صالح وما هو ضار إلاّ وفق محددات وضعية يقررها القانون الوضعي بوصفه وسيلة لتحقيق الاستقرار في المجتمع[2].

فالقانون الطبيعي لا يعدو أن يكون موجه روحي يجود ببضعة مبادئ مثالية ثابتة تمثل الحد الأدنى للمثل العليا للعدل، فهو لا يضع حلولاً عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية ولكنه يكتفي بالتوجيه إلى الحلول العملية التي تضعها القوانين الوضعية لمشاكل الحياة الاجتماعية فهي في جوهرها موافقة للقانون الطبيعي.

وإن كانت نظرية القانون الطبيعي تدعو وجوب اتجاه التشريعات نحو المثل العليا وإكتشافها ومطابقتها إلا أن هذه النظرية لم تحدد موضوع هذه المثل مما دعا البعض يوصف هذه النظرية بأنها قامت على أساس غير ديني استبدلت فيه عبارة الحق الإلهي بعبارة القانون الطبيعي. و لم تكن قابله للتطبيق لعدم التحديد الموضوعي لهذه المبادئ، لتخوفهم من ان يواجه هذا التحديد الى تحويل هذه المبادئ

[1] – ولد في لندن عام 1748، كرس كل وقته للعمل على إصلاح التشريعات المدنية والجنائية ومن أشهر مؤلفاته (مقدمة لمبادئ الاخلاق والتشريع، (نظرية المكافآت والعقوبات)، د.محمود غنيم، تطوير الفكر القانوني، مرجع سابق، ص124.

[2] –د.عبدالحميد فودة، جوهر القانون، مرجع سابق، ص240.

العليا إلي مذهب وهو ما يتنافى مع تفكيرهم، فوقفوا عند حد القول بوجودها دون تحديد موضوعها[1].

فنظرية دوجى قد أثارت سخرية جميع الفقهاء، ولم يشايعه فيها أحد وهى تفتقد التحديد الموضوعي للإطار الأعلى للنظام الاجتماعي، ولقد تركزت أول سهام النقد على فكرته المستندة في قيام القاعدة القانونية على أساس شعور التضامن بين الأفراد في المجتمع بحجة أن هذا الشعور واقع مثبت منه بالمشاهدة والتجربة، ولكن ليس هذا بالواقع الوحيد الذي يمكن إثباته علمياً، فهناك واقع تجريبي آخر هو التنافس والتنازع بين الأفراد في المجتمع، فكيف اختار (دوجي) شعور التضامن دون شعور التنازع وجعله أساساً للقاعدة القانونية، إلا أن يكون قد عمد إلى تقويم كل من الشعورين بالقياس على مبادئ أو مثل عليا يفرضها العقل، فيكون قد ارتفع من التقرير إلى التقويم فخرج عن المحسوس إلى ما وراء الطبيعة وجاوز نطاق العلم إلى نطاق الفكر، علاوة على أن التضامن فيه الصالح والطالح.

ولما شعر (دوجي) بتناقض نظريته إندفع إلى إضافة الشعور بالعدل كعنصر يضاف إلى فكرة التضامن الاجتماعي كأساس للقانون، ولكن (دوجي) لم يجعل من العدل مثلاً أعلى يقاس به القانون الوضعي وإنما العدل في نظره هو ما يشعر به غالبية أفراد الجماعة وقد تحتكم الأهواء والنزعات في إعطائه مدلولاً معيناً، وقد يبعد عن العدل المثالي، فلا يكفي أن يشعر غالبية أفراد جماعة بعدل نظام معين، لكي يكون هذا النظام عادلاً في ذاته[2].

ولقد ناقض (دوجي) نفسه في إنكاره للمثالية المؤمنة بالعدل واحتكامه لواقع يتلمس فيه أساساً وجوهراً للقانون، ولقد رد فكرة العدل إلى أساس واقعي مجرد عن المثالية بوصفه لعدل غامض يبعد عن الإدراك والتحديد.

---

[1] المرجع السابق نفسه، ص 120.

[2] –د.عبدالحميد فودة، جوهر القانون، مرجع سابق، ص272، ولكن الإشارة هنا لنظام الرق أو التفرقة العنصرية، أياً كان مدى إيمان مجتمع معين بعدالتهما إلا أنهما بعيدان عن الموضوعية كمبدأين مثاليين، نفس المرجع، ص272.

ولقد انتقد الدكتور السنهوري ما ذهب إليه (دوجي) في كيفية استخلاص المبادئ القانونية العليا من قانون غير مكتوب تختلف فيه الأنظار وتتباين عنه المذاهب[1].

أما نظرية المنظمة فنجدها تتحدث عن هدف موضوعي، وهذا الهدف الموضوعي تفسره كل مدرسة حسب نظامها .

ويمكن الرد على بعض الفقهاء القائلين ان المبادئ العليا يجب أن تكون مكتوبة حتى تتمتع بالاستقرار، بأن هذه المبادئ متي ما كتبت صارت تشريعاً وضعياً، اما الخوف من عدم الإستقرار فان القضاء هو الذى يتكفل بتحديدها، وذلك بما يصدر من مبادئ محددة فيما يعرض عليه من منازعات .

وفى نهاية المطاف نخلص الى أن الاتجاه الفكري فى الدول غير الذهبية قد انتهى الى الاعتراف بوجود مبادئ عليا تهيمن علي المشروعية بالرغم من مضمونها لم يكن محدداً مما عرضها للنقد.

ثانياً: المشروعية العليا فى الدول المذهبية:

للمذهب معنيين أولهما قانوني، وهو المشروعية العليا ذات الموضوع، والتى قد توجد فى الدولة وتهيمن على تشريعاتها الوضعية. وثانيهما اجتماعي وهو العقيدة التى يعتنقها المجتمع من قيم ومثل معينة، وقيم هى اعتبارا ت يعتز بها المجتمع وينبري لتحقيقيها وإعلائها والدفاع عنها[2].

والمذهب فى معناه القانوني هو العقيدة الرسمية للدولة، أما المذهب فى معناه الاجتماعي هو أمنية الشعب والذى يستقر فى وجدانه. فإذا تطابق المذهب بمعناه القانونى والاجتماعي فقد تم الوفاق بين السلطة والحرية، وحق للدولة أن تُسمى دولة مذهبية، وصار المذهب حقيقة قانونية واجتماعية.

---

[1] –انظر بحثه (الإنحراف في استعمال السلطة)، مرجع سابق، ص115.

[2] –راجع بحث المشروعية فى الدولة الاشتراكية – د. مصطفي كامل وصفي، مرجع سابق، ص123.

أما إذا انفصل المذهبان، وكان للدولة مذهبها الرسمي وللشعب مذهبة الحر، فان الدولة تسمى أيضاً من الناحية الشكلية الرسمية دولة مذهبية، ولكنها لا تكون كذلك عن حقيقة، إذ تكون ثمة أزمة بين السلطة والحرية. ولاشك أن لكل شعب رأى عام يسوده فى كل وقت ولكن هذا الرأي لا يصل الى مرتبة المذهب إلا بشروط، ولا تصير الدولة مذهبية إلا إذا اعتلى الى عقيدتها الرسمية[1].

فالشعب في وقت معين قد تبدو فيه اتجاهات معينة. ولكن هذه الاتجاهات التى تبدو فى الرأي العام لا تسمى مذهباً لعدم ثباتها، وقد تثبت هذه الاتجاهات حيناً من الدهر فتسمى ظواهر اجتماعية، ولكن هذه الظواهر ايضاً لا تسمى مبدأ أو مذهباً لان ثباتها لم يكن من التأصل والدوام لهذه الدرجة، فهذه الظواهر موقوتة إذا ما قيست بعمر الأمم، وسطحية إذا ما قيست بالإيمان والاعتقاد.

خصائص المذهب :

يجب أن تتوفر فى المذهب عدة خصائص[2]:

أولها: أن يكون من قبيل المثل العليا الصالحة، حتى يستطيع أن يدفع بالمجتمع الى الأمام، فإذا كان مثلاً دنيئة فانه عرضة للزوال السريع وتظهر مساوئ تطبيقه فى وقت قريب، وإذا حتمت الظروف أن يبقى مده طويلة فى الشعب فينحدر به الى مداركه، كما لا يستحق الحماية القانونية التى يعترف بها للمذهب الحقيقي الذى تقيد الحريات من أجله. والمثل الصحيحة قد تكون قائمة على اعتبارات عميقة ثابتة فى الأمة، كالقيم المستمدة من أخلاق الشعب وصفاته الطبيعية ومن الدين ومن تراثه المعنوي والثقافي، ولا تستمد من التغيرات الوقتية التى تتعرض لها الأمم لأسباب طارئة كالحروب وغير ذلك من التأثيرات الوقتية.

[1] المرجع السابق ص123.

[2] المرجع السابق ص128.



ثانيها: أن تكون هذه المثل دائمة مستقرة لفترة أطول فى حياة الأجيال، وذلك لما بيناه من أن تكون نابعة من التراث الباقي للأمة، وربما يغيب المبدأ من الأمة وقتاً ثم يبعث فيها من جديد، فتسارع فيه لصدقه ومثاليته .

فالإسلام عندما خرج الى العرب فى الجزيرة العربية وافق قيماً مستقرة عندهم من قبل، قديمة فيهم لأن هذه الأمة كانت من قبل على دين إبراهيم، فلما جاء الإسلام أحيا فيها هذه القيم القديمة وطابق أمانيها ورسخ فيها لصدقه.

والاشتراكية لما ظهرت فى أوربا سندها جدل تاريخى معين استحضر تجارب واقعية مرت بها هذه الشعوب وتركت آثارها فيها وطابقت تعاليمها أمانيها.

فقد نشأ مؤسس الأيدلوجية الماركسية (كارل ماركس) فى أسرة يهودية ألمانية، ورأى فى صباه أن أسرته قد غيرت دينها اليهودي واعتنقت المسيحية تفادياً لضرر إقتصادى كان يمكن أن يصيبها من جراء التفرقة القانونية بين اليهود والمسيحيين، وهذا الحدث ربما حفز ذهنه للتأمل فى العلاقة بين المنفعة الاقتصادية والقيم الدينية والتضاد الذى يمكن أن ينشأ بينها[1] .

لم يأت فكر ماركس من فراغ فقد نظر فى جدلية هيجل التى سادت فى الأوساط الفكرية الألمانية فى زمانه، ونظر الى الاستغلال البشع الذى عاناه عمال المصانع فى أوربا عند انطلاقة الثورة الصناعية الرأسمالية، فقاده تفكيره الى أن يستنبط من فلسفة التاريخ فلسفة يستعين بها فى تحليل قضايا المجتمع السياسية واستقي هيجل نفسه فكرة الجدليه من أفلاطون [2].

فالاشتراكية كمذهب حينما ظهر استند إلي أفكار وتجارب واقعية مرت بها هذه الشعوب فهي مثل مستقرة فى حياة الأجيال.

---

[1] د.التجانى عبد القادر حامد، أصول الفكر السياسي فى القران المكي، الناشر معهد البحوث والدراسات الاجتماعية، الخرطوم، بدون تاريخ ص188.

[2] التجاني عبد القادر، المرجع السابق ص189

وقد يصعب على البعض أن يتصور نظاماً يبقى على وجه الاستمرار والخلود، وان تطورات الأيام تحتم تغيير المذاهب والنظم .

فالإسلام لم يكتب لتطبيقه السياسي خلوداً فانذر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك وبين ان الفساد سيتطرق الى الأمة، بسبب الانحرافات والأمراض التى تصيب المجتمع المسلم، فكلما عالج المجتمع نفسه صلح الإسلام لسياسته فى جميع الأوقات والعصور.

لذلك يجب أن يكون المذهب إجماليا حتى يفسح حيزا مرناً لتطورات الأيام، لذلك نجد ان المذاهب تتصف عادة بصفة الشمول المكاني فتتجه الى أن تكون دولية او عالمية لان هذه الخاصية تجعلها تتجاوز حدود المكان كما تجاوز حدود الزمان.

ثالثها: يجب، أن تكون هذه المثل موضوعية، فالمذهب موضوع لهدف عام هو مصلحة الشعب جميعه والتوفيق بين التناقضات الإجماعية.

ولا يمكن أن يكون المذهب ذاتياً لطائفة معينة من الناس، فإن ذلك ينشئ التذمر والامتعاض بين الناس ويقتضى على الخاصية الأولى للنظام المذهبي وهى التكامل بين السلطة والحرية، ولعل أهم العيوب فى تطبيق النظام غير المذهبي السماح بتقلب السياسة حسب اتجاهات الرأي العام وظواهره، والتى قد تكون أمراضاً وليست تطورات، فالدولة تحمى الحرية المجردة ولا تمنع من أن تستولي الاتجاهات الضارة على هذه الوسيلة وتهبط بالمجتمع. ولقد انتقد الاشتراكيون نظام الرأسمالية بأنه قد أدى الى ان صار التشريع وسيلة فى يد الطبقة المستغلة. وإذا كانت هذه الدولة تتجه اتجاهاً اجتماعياً لصالح العمال فانه يكون اتجاهاً غير مأمون ثباته[1] .

خصائص الدولة المذهبية :

رأينا فيما سبق أن للمذهب خصائص يتميز بها، فان للدولة المذهبية ايضاً خصائص ذاتية نحصرها فى الآتي :

أولا: الشعبية:

---

[1] د.مصطفي كامل وصفي، المشروعية في الدولة الاشتراكية، مرجع سابق، ص 125.

فالدولة المذهبية الحقيقية هى دولة شعبية بالضرورة، لان المذهب يخرج من قلوب الشعب، أما الدولة المذهبية غير الحقيقية والتى لا تتطابق فيها العقيدة الرسمية أماني الناس، فإنها لا تكون شعبية فى الواقع.

النظام الإسلامي – فى الواقع – هو نظام شعبى بحت، أساسه الرضا الشعبي، فان الإنسان يدخل فى النظام الإسلامي برضاه ويقيم الأمام (رئيس الدولة الإسلامية) ببيعة رضائية، ويجرى النظام على الشورى – وهى موافقة فى الرأي بين الأمام وأهل الشورى – كما ان أساس هذا النظام هو أن الأمة تفوض السلطة للأمام، فيكون نائباً عنها فى أعماله، وهو بدوره يفوض الوزراء والأمراء والولاة والقضاة وغيرهم .فالسلطة مستمدة من الشعب والجميع مقيدون بحكم الله وما تقتضيه الشريعة .

غير أن الفقه الإسلامي لم يقنن الأحكام المتعلقة بالشعب، فليس فى المراجع الإسلامية أي إشارة إلى الشعب كعنصر دستوري، وانما كل الحديث كان عن الإمامة والوزارة والولايات ولم تشر الى الشعب أبدا. أما المذهب فى الدولة الاشتراكية واضح فيه انه نظام شعبى كما هو مفصل في النظرية .

إلا أن مفهوم شعبية النظام الإسلامي يختلف عن مفهوم النظام الديمقراطي الغربي، ففي النظام الإسلامي، فان الشعب لا يملك التشريع وتعديل النظام كيف يشأ، بل أن ذلك إلى الله وحده. أقام شريعته وأظهرها للناس عن طريق الوحى، ولا يكون للمشرع الوضعي إلا إنزال حكم الشريعة على النوازل المستحدثة أمانصاً او اجتهاداً بمحاولة الكشف وعن حكمة سبحانه وتعالى الحاكم فيما يجد من الأمور [1].

ثانياً: وجود نمط واحد من التفكير يجمع عليه الحاكم والمحكوم :

لا نجد فى الدولة المذهبية إلا نمطاً واحد من التفكير يجمع عليه الحاكم والمحكوم، فهذا التفكير اقرب إلي المسلمات لا يجوز مناقشتها او التشكيك فيها،

---

[1] د. مصطفي كامل وصفي، النظام الدستوري في الإسلام، مقارناً بالنظم العصرية، مكتبة وهبة – القاهرة، الطبعة الثانية، 1994م، ص 17.

والسلطة تمارسها القوى الشعبية مجتمعة فى اتجاه واحد، وتخضع جميعاً للفكرة العليا التى ترد إليها جميع الخلافات ووجهات النظر. وهذه الفكرة يخضع لها الحاكم وان رأيه ليس نهائياً غير قابل للمراجعة، بل النهائية والمراجعة للمبدأ[2].

ويترتب على وحدة القاعدة الشعبية الإسلامية (الأمة) وتماسكها وتضامنها أن امتنع الاعتراف بالأحزاب السياسية فى النظام الإسلامي من ناحية المبدأ، فالكل متوجهين إلي غرض واحد، قد يختلفون فى الوسائل ولكن ذلك لا يؤدى إلى التحزب، فان المختلفين فى المبدأ يهدمون بعضهم بعضاً أما المختلفون فى الوسيلة فانهم يتكاملون فى النقد والبناء.

ولما اختلف المسلمون فى الأصول العقدية نشأت الفرق تحولت هذه الفرق الى أحزاب سياسية من الشيعة والخوارج وغيرها.

أساس ذلك من القرآن قوله تعالى (إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست منهم فى شئ) [1] والحديث الوارد عن رسول الله صلى الله علية وسلم (انه لا تخالف فى الإسلام) إذ يكفى المسلمين عقد واحد هو عقد الإسلام، فان تخالف البعض منهم يقصى البعض الآخر، فيؤدى ذلك الى تفريق المسلمين[2].

فالنظام الإسلامي نظاماً شمولياً لا يقبل التجزؤ ويقوم علي عقيدة متكاملة وقواعد ثابتة ومنظومة تجمع بين تصوراته لحقائق الوجود وقواعد السلوك والتي ينبغي إتباعها من جهة الفرد والمجتمع علي السواء [3].

وإذا كان النظام الإسلامي يتسامح في الحرية العقائدية والفكرية فإنه يستهدف أيضاً إقامة مجتمع مستقر يستمد مرجعيته من قواعده العقائدية التي ارتضاها هذا المجتمع، أساس ذلك قوله تعالي " لا إكراه في الدين " ؛ وأعلام الفكر الغربي علي

---

[2] المرجع السابق ص17.

[1] سورة النعام آيه 159 .

[2] د. مصطفى كمال وصفى – النظام الدستوري فى الإسلام – مرجع سابق ص79.

[3] محمد إبراهيم مبروك، الإسلام اللبرالي، مقال منشور بمجلة البيان العدد رقم 219 لسنة العشرين ديسمبر 2005م.

مر التاريخ يضربون به المثل في هذا التسامح مقابلة مع المسيحية الغربية، ويستدلون علي ذلك بالحرية التي تمتعت بها الأقليات غير المسلمة في أكناف الدولة الإسلامية[4].

ويمكن رد نشاه ظاهرة الأحزاب إلى المجتمع الليبرالي بسبب حرية العقيدة والرأي حيال القضية العامة فيجتمع كل فرد من أصحاب العقيدة الواحدة فى فريق يسمى الحزب السياسي فكلما تطورت القضايا العامة تغيرت الأحزاب.

أما في المجتمعات المذهبية والمجتمع الإسلامي أحدهم، فان القضايا العامة لا تظهر فى هذا المجتمع، ذلك لسبب وحدة الفكر التى توجب المذهبية.

وهذه الفكرة نجدها واضحة فى النظام الإسلامي كنظام مذهبي حيث تظل القضية العامة الأساسية ثابتة، وهى قضية العمل بعقيدة مثاليه لانهاية لها، وكل القضايا الأخرى التى تظهر هى فى الأصل فرعاً عن هذه القضية، وتتكلفها الوسائل الواسعة التى يسمح بها المذهب، ولهذا السبب نجد فى النظام الإسلامي حلاً لكل نازلة، وكلما تطورت الأزمان واستجدت الأحداث وجدنا فى الإسلام متسعاً لحلها. لان علو المذهبية الإسلامية واتساع آفاقها الى الشمول وهى ميزة لا تتمتع بها المذهبيات الدنيئة التى سرعان ما تضيق بالتطورات.

ففي النظام الإسلامي يستطيع الفرد العادي ان يستقل تماماً بنفسه، ولا يشترط تبعيته لأحد في ممارسه نشاطه السياسي، وذلك لان الفرد فى النظام الإسلامي مخاطب خطاباً مباشراً من الله (الشارع) بتكليفه برعاية الصالح العام، كما أن السياسة العامة والمبادئ العليا ظاهرة بذاتها ومحددة وثابتة لا تتغير ولا تحتاج لعمل توجيهي آخر من المهيمنين على حزب او تنظيم، والرأي العام ثابت على هذه السياسة، فالفرد يتلقى تعليماته من الله، وصوته فى ذلك مساو لصوت أعلى درجات القيادة فى المجتمع، فالفرد لا يكون أبدلشازاً مادام يـُعبر عن المقاصد الشرعية [1]

---

[4] محمد ابراهيم مبروك، الإسلام اللبرالي، المرجع السابق.

[1] د. مصطفى كمال وصفى، النظام الدستوري فى الإسلام مرجع سابق ص 81.

ثالثاً: التكامل و التوافق بين السلطة و الشعب:

فى النظم الديمقراطية الحرة (الليبرالية)يعتبر الشعب عنصراً مستقلاً عن السلطة، وقانون الشعب وحقوقه كما عرفنا هى الحرية، فالشعب فى تلك النظم يطالب بالمزيد من الحرية، فلا محال أن ثمة تعارض بين الحرية والسلطة مما يؤدى الى تنظيمات خاصة.

ويجرى التوازن فى النظم الديمقراطية بان تتاح للشعب فرصة واسعة في مراقبة السلطة وحثها على العمل ومساءلتها عن طريق أحزاب المعارضة. وكفتى الميزان إحداهما تحتوى على حقوق معينة للإفراد والأخرى تحتوى على حقوق معينة للسلطة، وهذه الحقوق التى للطرفين أما مطلقه تماماً او محددة تحديداً دقيقاً بالقانون، فتجاوز أحد الطرفين حدود حقوقه يؤدى الى اختلال كفتى الميزان[1] أما في النظم المذهبية (ومنها النظام الإسلامي والنظام الاشتراكي) فان جميع الأوضاع والجهود تتجه نحو غاية واحدة هى خدمة الإيمان العام الذي يسود الجماعة، لذلك فان العنصرين – الشعب والسلطة – يتوازنان ويتكاملان ويتآلفان في غاية واحدة، وتتخذ الحريات لوناً آخر من قوامة السلطة عليها للصالح العام، كما تتحول المعارضة إلى النقد الذاتي وإصلاح العيوب[2] .

ولا يمكن أن يقوم التوازن الدستوري في النظام المذهبي على نحو التوازن فى النظام الليبرالي بالموازنة بين الحرية والسلطة والتزام كل منهما حدوداً معينة.

والكفتان المتقابلتان فى النظام المذهبي ليستا هما السلطة والشعب لأنهما على مذهب واحد فالكفتان المتقابلتان هما المذهب نفسه وتمسك القاعدة الشعبية(حكومة وشعبا) بالمذهب .

فعمل الحرية فى النظام المذهبي، أن يقوم الفرد بمسئوليته فى إقامة المذهب، لان الحرية فى هذا النظام هى قدرة الإنسان على عمل الصواب حسب عقيدته، وعمل

---

[1] المرجع السابق، ص 81.

[2] المرجع السابق، ص 81.



السلطة فى النظام المذهبى هو ايضاً ان تقوم بمسئوليتها فى إقامة المذهب، لذلك فالأمر يتطلب نوعاً من التعاون والتضافر والتكامل لغاية واحدة هى إقامة المذهب وحمايته .

والميزان الحقيقي هنا هو التسابق نحو إعلاء العقيدة العامة والأيمان العام والتضحية فى سبيله. ويختل الميزان إذا انصرفت قلوب الأفراد (الشعب) عن العقيدة وأصبحت الحكومة تعمل لغرض آخر وانفصلت بذلك عن الشعب او تغير المذهب عما عرفته الأمة وارتضه، معنى ذلك لا يتحمل الفرد على الإطلاق أي تكليف وتنفطر القاعدة الشعبية وتتصدع ويقوم النزاع الحاد بين الأفراد والشعب بشكل يهدد بالصراع الدموي، وتثار على الفور قضية الإيمان والكفر والنفاق، ولا يكون الأمر متعلقاً فقط بإجراء دستوري شكلي للمحافظة على الحياة الدستورية وسلامتها الظاهرية، وتتحول المشاكل الاقتصادية والإدارية إلى مشاكل دستورية تتعلق بالعقيدة.

والتوازن فى النظام المذهبى هو ان يظل المبدأ الأعلى حياً فى القاعدة الشعبية، ولكن قد تضل القاعدة الشعبية وتفسد القلوب عاجلاً او آجلاً ، فالدولة المذهبية سريعة الصعود وسريعة الفساد، ومن المستحيل أن تربط الإنسان وهو منصرف الى ملاذه وشهواته وإطماعه وعجبه بنفسه، بالمبادئ المثالية المتجردة، فهو يضيق بها عند ذلك ذرعاً ويميل الى تأويلها لتكون أداة طيعة لدواعي الهوى والإطماع وهذا شأن البشر، وإذا بردت حمّية المذهب في القلوب – يضطر الحال أن يتعادل النظام بوسائل مادية تحفظ عليه توازنه، لاستعمال وسائل الجبر لحملهم على التزام الإيمانبدلاً من تطوع الناس للخير بمشاعرهم، بدلاً من أن يكونوا هم العاملون على دفع السلطة الى إقامة الإيمان، وتتخذ السلطة النظم الكفيلة –مادياً بأداء الوظائف المذهبية على ظاهرها.

وقد يحدث أن الحكام أنفسهم يكونون أسرع من أفراد الشعب إلي الترف والفساد، بينما تظل قلة من الناس قائمة على الحق لا يضيرهم من خالفهم وتقوم هذه

القلة بالتعصب ضد الحكام وضد الأغلبية التى فسدت قلوبها، ومن ثم تنفتح أسباب الفتنة[1]

رابعاً : حماية المذهب:

الدولة المذهبية لابد أن تضع نصوصاً تمنع الاعتداد أو الانقلاب عن المذهب باسم حرية العقيدة أو الرأي او غيرهما.

عيوب الدولة المذهبية:

إذا لم يتطابق الشعب مع السلطة فى المذهب وظلت السلطة معتنقه لمذهب لا يشائعها فيه الناس وإذا ساد فى الدولة مذهب ليس من المثل العليا فانه يؤدى بالدولة إلى الانحدار كما هو الحال بالنسبة للدولة الفاشية التى سادتها –شعباً وحكومة – نظريات هجومية أدت إلى اشتعال الحرب وإشاعة روح التدمير فى العالم.

الفرق بين المذهبية الاشتراكية و المذهبية الإسلامية:

النظام الديمقراطي الحر والليبرالي (الرأسمالي) يقوم على أعلا الإرادة البشرية، ويجعل منها صانعه التاريخ والنظم والقوانين، فهو يرى أن المجتمع نشأ بهذه الإرادة عن طريق العقد الاجتماعي كما رأينا، وان النظم والقوانين وليده الإرادة العامة بحكم ان الشعب مصدر السلطات، أما ظروف المكان والبيئة والزمان فهي مصادفات تختلف من ظرف لظرف، وللمشرع أن يستأنس بها عند سن القوا نين وله أن يخالفها إن شاء.

أما النظم الاشتراكية المذهبية فتهيمن عليها حتمية [1] الأخذ بالحل الاشتراكي إذ نادى ماركس وانجلز وفى زعمها ان الاقتصاد هو الدافع الوحيد والأكبر فى الحياة وان ذلك أدى كما اثبت التفسير المادي للتاريخ إلى صراع بين الطبقات وان الحل الاشتراكي يقضى على الاستغلال وصرا ع الطبقات، وجاءت النظرية التى ترجع الكون الى مادة ولا شئ غيرها وإنكار الدين والعياذ بالله واسندا الحتميات البشرية وسير الأمور فى الحياة إلي هذا العامل الاقتصادي فحسب.

---

(1) د. مصطفي كامل وصفي، مرجع سابق، ص 122-125.

(1) الحتميه هى المصير المقرر، او المآل الذي لابد منه

أما المذهبية الإسلامية فتقوم على حتمية التوحيد، أي الاعتقاد بان الله سبحانه وتعالى وحده وهو صانع الأحداث والنظم، ومسير الأحداث طبقاً لما يقرره القضاء والقدر.

واختلاف هذه الحتميات يؤدى الى تعذر الجمع بينهما فى النظام الإسلامي، إذ يتعذر الاعتقاد بان الله وحده هو المتصرف بلا شريك، ثم يجمع إلي ذلك بان إرادة الإنسان هي صانعة التاريخ والنظم او أن الاقتصاد هو الذى يصنع ذلك، فهذا إشراك فى العقيدة الإسلامية وهو مخرج من الملة بلا شك.

وتبعاً لذلك تختلف الأحكام والأوضاع، فنظام الملكية الفردية مثلاً يعتبرها النظام الديمقراطي الحر (الرأسمالي) حقاً مقدساً مطلقاً لا يجوز المساس به إلا بقانون، أما النظام الاشتراكي فيرى أن الملكية سرقه لان أصحاب رؤوس الأموال يكونونها من تراكم فائض قيمة العمل ومن ثم يسوغان مصادرتها والاستيلاء عليها وتأميمها ووضع أصحابها تحت الحراسة وتوقيع العقاب عليهم[1].

أما النظام الإسلامي فيجعل من الملكية وظيفة اجتماعية أي أداة لتحقيق المصالح الشرعية .

تهدف المذهبية الاشتراكية لهدم العائلة وإلغائها نهائياً وتحويل المرأة التى هي المرتكز الأساسي للعائلة إلى مجرد ملك مشاع بين جميع الرجال، وقد فسر البيان الشيوعي العلاقة بين المرأةوالرجل تفسيراً غريباً وجعل من الرباط العائلي المقدس مجرد علاقة نابعة من سير الإنتاج، وقدر نهاية هذه العلاقة بنهاية علاقات الإنتاج. فالقضاء على العائلة أمر حتمى فى الفلسفة الشيوعية [2].

مضمون مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي وخصائصه:

تقوم المشروعية الإسلامية على المبدأ الأعلى المستمد من الإيمان والتوحيد

---

[1] راجع : د. مصطفي كامل وصفي – المرجع السابق، ص 172.

[2] فتح الرحمن احمد الجعلى، الإيمان بالله والجدل الشيوعى، دار الفكر الخرطوم، الطبعة الثالثه 1986 ص105.

وهو المبدأ الحاكم للجماعة الإسلامية حقيقة المشروعية الإسلامية هي التضامن في تنفيذ ما أمر الله به ومنع ما نهي الله عنه، وهذه المشروعية تضامنية لطبيعة التكوين التضامني في الجماعة الإسلامية بسبب الالتزام بإيمان واحد ووسائل واحدة[3].

تؤدي سيادة هذه المشروعية إلى أن تصبح أوامر الله تعالى ونواهيه – أي نصوص القرآن والسنة وما يجري مجراها من مصادر التشريع الإسلامي، أساساً للمشروعية ومعياراً للحق والعدل والإباحة ومناهج كسب العيش. وما قام على أساسها كانشرعياً، وما ناقضها كان باطلاً، وكذا في اعتبارات الآداب والأمور المندوبة والعادات الحسنة والمقبولة في مباهج الحياة .

فمن الحقائق المقررة في ديننا أن الله لم يترك مناهج إصلاح البشر بشكل مطلق، بل تولي سبحانه وتعالي – ذلك بنفسه، فأرسل الرسل وأنزل الكتب ونادي الوحي في الناس جميعاً [1]"[يأيها الناس قد جاءكم برهان من ربكم وأنزلنا إليكم نوراً مبيناً فأما الذين أمنوا بالله وإعتصموا به فسيدخلهم في رحمة منه وفضل ويهديهم إليه صراطاً مستقيماً] [2]"

بعض الفرق الإسلامية لم تجعل النص في قمة النظام القانوني الإسلامي، بل جعلت العقل فوق النص، وصارت عباراتهم (إن العقل حاكم والنص كاشف له، فلو تعارض النص والعقل أخذوا بما يقتضيه العقل عندهم وذلك بالتقبيح والتحسين العقلي)وهذا هو قول المعتزلة وبعض الشيعة، وهذا القول مردود بأن العقل قاصر وأنه ليس فوق حكمة الله حكمة .

خصائص المشروعية الإسلامية :

لا تنفصل خصائص المشروعية الإسلامية عن الخصائص العامة للتصور الإسلامي.

أولاً : المشروعية الإسلامية مشروعية ربانية :

---

[3] د. مصطفى كامل وصفي – مصنفه النظم الإسلامية – مرجع سا بق– ص 158.

[1] د. عبد العزيز كامل – دعاة اللبرلة – مقال منشور عمله البيان 219، السنة العشرون ديسمبر .

[2] سورة النساء، أية 174-176.

تتوق الأنظمة إلى شرعيات تبرر قيامها، وفي ظل النظام الإسلامي يستمد مشروعيته من الله سبحانه وتعالى فلا يضل، وهذه المشروعية ربانية تحمل في طياتها الحراسة والحماية لنظامها .

ووصف المشروعية الإسلامية بالربانية، لا يجعل الإسلام نظاماً أوتوقراطياً يعفي حكامه من المسئولية (كما في نظرية التفويض الإلهي) فيقف الجميع متساوون أمام هذه المشروعية حكاماً ومحكومين .

ثانياً: إن المشروعية الإسلامية تسبق وجود الدولة الإسلامية :

إن الدولة الإسلامية وليدة القانون وليس العكس كما هو الحال في النظم الوضعية حيث أن الدولة تحدد نفسها، فهي تنشئ النظم والقوانين اللازمة لقيامها وبما تراه، فإذا تغير نظام الدولة فإن النظام السابق يكون قابلاً للتغيير وينسخ بما تضعه الدولة الحديثة من نظم وقوانين ويترتب على ذلك أن تستثنى نفسها من القواعد العامة التي تطبق على الأفراد .

أما في النظام الإسلامي فالدولة وليدة القانون من البداية أي أن المشروعية تسبق وجودها، فلا تستطيع أن تزيد على ما هو مقرر شيئاً ذلك لأن القرآن الكريم قد بدء نزوله في مكة قبل هجرة الرسول (صلى الله عليه وسلم) إلى المدينة والتي أنشئ فيها الدولة الإسلامية.[1]

ثالثاً: وصف المشروعية الإسلامية بالثبات والمرونة والشمول :

تأخذ المشروعية الإسلامية صفة ثباتها من ثبات مصدرها الأصيل وهو الوحي ثم ثبات الأصول الكلية المستمدة منه وهذا ما تفقده أي مشروعية أخرى .

ولكن هذا الثبات لا يذهب إلى حد الجمود حتى لا يأتي وقت لا يكون فيه النظام ملائماً لحالة المجتمع فيكون عنصراً رجعياً عائقاً للتقدم إلا أن الأحكام الضرورية المتعلقة بحفظ الدين هي أحكام لا تقبل التغيير، وفي مقدمة هذه الأحكام ما تعلق بالعقائد والعبادات والجهاد وكل ما يؤدي إلى حفظ الدين، وكذلك كل ما يتعلق بحفظ

---

[1] –د. على جريشه – أصول الشرعية الإسلامية – مكتبة وهبة – ط 1987م – ص 75.

النفس كالحدود والجنايات والنسل (أحكام النكاح) والأحكام المتعلقة بحفظ العقل وتحريم المفسدات العقلية .

فالأمور الحاجية تقبل التطور أما الأمور التحسينية فالتطور والمرونة فيها أكبر وأطوع من الأمور الحاجية على حسب مقتضيات الزمان ومتطلباته. وأوضح الإمام الشاطبي أن انضباط أدنى التحسينات تؤدي إلى انضباط ما فوقها (الضروريات والحاجيات). وإن أدني التحسينات تحفظ أعلى الضرورات، فإن اضطراب شئون المال مثلاً كسوء وسائل الاقراض قد يؤدي إلى الحرج في المال مما قد يهدد التعامل بالربا فتفسد ضرورة عليا متعلقة بالدين في المجتمع .[1]

وتوصف المشروعية الإسلامية بالشمول، فالشريعة الإسلامية تنظم كافة مناحي الحياة المختلفة لأنها شاملة في خطابها الجميع حكاماً ومحكومين على السواء .

رابعاً: مشروعية عادلة :

توصف المشروعية الإسلامية بأنها عادلة وتستمد هذه الصفة من شريعة الله تعالى والتي أساسها العدل، وأن العدل يبلغ في ميزان الله أن يكون قرين التوحيد وأن الظلم في شرعية الله يبلغ أن يكون قرين الشرك. فالظلم مسقط كل شرعية، قال تعالى {إن الله يأمر بالعدل والإحسان} .

ولبناء المشروعية الإسلامية لابد أن يكون العدل قائماً في مرحلة التشريع ولازماً في مرحلة التنفيذ.[2]

---

[1] –د. مصطفى كمال وصفي – مصنفه النظم – مرجع سابق – ص 172.

[2] د. على أبو جريشه – أصول الشرعية الإسلامية – مرجع سابق – ص 90 .



الفصل الثاني
مبدأ المشروعية وسلطات الضرورة
(القيد الوارد على مبدأ المشروعية)

المبحث الأول
مبدأ المشروعية وسلطات الضرورة في النظم القانونية

فكرة الضرورة والإستثناء النسبي على مبدأ المشروعية:

هل الدولة خاضعة لمبدأ المشروعية مطلقاً، أم هذا الخضوع يقبل شيئاً من التراجع النسبي حين تواجه الدولة بحالة ضرورة تفترض قيام خطر حال لا يمكن تداركه إلاّ بالتخلي عن قسط من قواعد القانون من أجل دفع هذه الظروف الخطرة بإعتمادها على آليات وصلاحيات استثنائية[1].

وإداركاً من المشرع الدستوري في العديد من الأنظمة الدستورية لجسامة استخدام سلطات الدولة لهذه الصلاحيات الاستثنائية يرسم بقدر محدد ووفقاً لشروط وضوابط معينة الحدود التي يمكن فيها الخروج على القانون.

وتفترض نظرية الضرورة قيام خطر جسيم وحال يهدد كيان الدولة ولا تجدي القواعد القانونية التي وضعت للظروف العادية في مواجهته، بما يفرض على أجهزة الدولة الخروج عن قواعد المشروعية في سبيل سرعة مواجهة هذا الخطر الذي يهدد استقرارها[2].

إن المشكلة التي تواجهنا حيال الظروف الاستثنائية (حالة الضرورة) هي محاولة حل التناقض بين اعتبارين:

الأول : اعتبار قانوني يتمثل في الحفاظ على حد أدنى من قواعد المشروعية التي يجب التمسك بها في جميع الأوقات حتى في الظروف الاستثنائية .

---

(1) د.محمد أحمد عبدالمنعم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص85.

(2) وجدي ثابت، مرجع سابق، ص77

الثاني : اعتبار واقعي وعملي يتمثل في ضرورة مواجهة هذه الأخطار التي تمثل الضرورة باتخاذ محظور تلافياً لدفع ضرر داهم. وحتى يمكن التوفيق بين هذين الاعتبارين المتناقضين، ابتدع الفكر القانوني نظرية الضرورة لإضفاء المشروعية على الإجراءات المخالفة للقانون، حتى يتسنى للدولة مواجهة هذه الظروف العصيبة على هدى من نظرية تمثل الأساس القانوني لسلطاتها الاستثنائية، ومشروعية إجراءات الضرورة هنا مشروعية استثنائية (مشروعية الظروف)، حين تواجه الدولة ممثلة في السلطة التنفيذية ظروف استثنائية كالأزمات والكوارث والفتن، يصبح حيال هذه الظروف احترام قواعد المشروعية خطراً يهدد كيان الدولة ومؤسساتها الدستورية، مما أوجب مواجهتها بإجراءات ضرورية تتحرر فيها الدولة أو الإدارة من مبدأ المشروعية بصفة استثنائية ولكن هذه الإجراءات الضرورية خاضعة لمراقبة القضاء، لأن هذا التحرر من قواعد المشروعية محدد بوقت الأزمة ومقتضياتها وببعض الضوابط الدستورية التي لا يجب مخالفتها حتى في الظروف الاستثنائية .

يُجمع الفقه الفرنسي على أن مضمون فكرة الضرورة يتمثل في تركيز كافة السلطات والاختصاصات في الدولة في يد شخص أو جهاز واحد هو رئيس الجمهورية، يقوم بتلك السلطات في ظل الظروف الاستثنائية العصيبة لاتخاذ ما يراه مناسباً دفاعاً عن المصالح الحيوية التي تهددها الأخطار في تلك الظروف، ولقد تبنى الفقه الفرنسي هذا التصور لحالة الضرورة في المادة (16) من الدستور الفرنسي والتي تقابل المواد من 210 إلى 212 من الدستور السوداني الإنتقالي لسنة 2005م .

يرى الفقه الفرنسي أن أهم أثار تطبيق المادة (16) من الدستور الفرنسي حدوث تركيز للسلطات والتي كانت منفصلة، لدى رئيس الجمهورية بهدف القيام بمهمة حماية الدولة، وهو أمر يستلزم أن يحل رئيس الجمهورية –استناداً على هذه



المادة . محل المشرع ليباشر الاختصاصات التشريعية والتنفيذية معاً [1] .

لم يعترف مجلس الدولة الفرنسي من أول وهلة بالأثر القانوني للظروف الاستثنائية، إلا أنه لجأ لفكرة الظروف الاستثنائية وحالة الأزمة بعد الحرب العالمية الأولى على هدى من نظرية سلطات الحرب والتي عممها لتشمل كافة الظروف الاستثنائية.

ومن أهم أحكام مجلس الدولة الفرنسي في مسألة الظروف الاستثنائية حكم (هيريه) الذي قضى فيه مجلس الدولة الفرنسي برفض الطعن في قرار أصدرته الحكومة إبان الحرب العالمية الأولى خاص بوقف تطبيق ضمانات خاصة بالموظفين العموميين والمتعلقة باطلاعهم على ملف خدمتهم قبل اتخاذ أي إجراءات تأديبية ضدهم .

ولقد أسس مجلس الدولة الفرنسي حكمه هذا على مقتضى أن حسن سير المرافق العامة في زمن الحرب يبرر الاتساع الاستثنائي في سلطات الحكومة. ويلاحظ من خلال أحكام القضاء الإداري الفرنسي أنه لم يؤسس هذا الاتساع الاستثنائي في سلطات الحكومة وتعطيل القوانين أو تعديلها على فكرة تركيز السلطات في يد السلطة التنفيذية، وحاول ايجاد أساس قانوني لإصدار السلطة التنفيذية من تلقاء نفسها قرارات بقوانين تعدل بموجبها بعض الأحكام التشريعية كما تشير أحكام مجلس الدولة إلى عدم جواز تعطيل أو المساس بالنصوص الدستورية على النحو الذي ذهب إليه الفقه الفرنسي [1].

عناصر فكرة الضرورة وشروط إعمالها :

رأينا فيما سبق أن نظرية الضرورة تقتضي أن هناك ضرورات عاجلة تستلزم من جانب السلطة التنفيذية التصرف السريع لمواجهة خطر داهم أو ضرر جسيم،

([1]) أشار د.وجدي ثابت في المرجع السابق ص 79 لرأي د.حسن عبد الله الترابي في رسالته باللغة الفرنسية Les – Pouvoirs decries سلطات الازمة في القوانين الفرنسية دراسة مقارنة مقدمة في جماعة باريس بكلية الحقوق و العلوم الاقتصادية عام 1964م .

[1]. وجدي ثابت – المرجع السابق – ص81

حتى ولو كان هذا التصرف "إجراءات الضرورة" مخالفاً للقواعد القانونية، ولكنه يعتبر الوسيلة الوحيدة لدر هذا الخطر أو التهديد. ولفكرة الضرورة عنصران عنصر موضوعي وآخر شخصي :

العنصر الموضوعي :

ويقصد بالعنصر الموضوعي في فكرة الضرورة، حالة الخطر أو التهديد التي تشكل في الواقع حالة الضرورة الملجئة لاتباع التصرفات الاستثنائية .

فالتهديد الذي يشكل العنصر الموضوعي في حالة الضرورة، قد يكون مرجعه إلى الدولة ككل، إذا ما انطوى على مساس بسلامتها واستقلالها وسيادتها، وقد يكون موجهاً إلى شعب الدولة أو إحدى مؤسساتها الدستورية أو اقتصادها القومي، ويفترض أن يكون هذا التهديد جسيماً يبرر اتخاذ الإجراءات الضرورية المخالفة للقانون في الأصل، والعبرة في تحديد الخطر الجسيم أن يكون هذا الخطر مهدداً "لموضوع دستوري جوهري"، ويجب أن يكون هذا الخطر الجسيم وشيك الوقوع غير متوهم ولا يمكن التنبوء به قبل وقوعه بفترة طويلة بحيث يمكن تلافيه دون إعمال لإجراءات الضرورة .

ويشكل العنصر الموضوعي لفكرة الضرورة عدة أزمات[1]:

1. أزمات تتعلق بظروف استثنائية طبيعية كالبراكين والزلازل والجفاف العام والحرائق الكبرى والأوبئة .
2. أزمات تتعلق بالنظام الداخلي، وهذه قد تتخذ أشكال متعددة :
   أ. قد تتوجه ضد وحدة الدولة في صورة اضطرابات تهدد نظامها الداخلي وأمنها .
   ب. قد تتوجه ضد مؤسسات الدولة وسلطاتها العامة على نحو يشلها ويحول بينها وبين دورها الدستوري .
   ج. الأزمات الاقتصادية أو المالية التي تنذر بانهيار في الاقتصاد القومي .
3. أزمات ماسة بأمن الدولة واستقلالها من الخارج كالحروب والحصار.

(1). وجدي ثابت – المرجع السابق – ص81

والشرط الأساسي لاعتماد هذه الأزمات المذكورة عدم دفعها بالوسائل العادية، إذ أن نظرية الضرورة تفترض ابتداء تحديد الهدف من المساس بإرادة المشرع، وتمثل فكرة الضرورة صيغة جديدة للمشروعية العليا التي ترقى على المشروعية العادية وتهيمن عليها.

العنصر الشخصي :

ويتمثل العنصر الشخصي في رد فعل السلطة العامة تجاه الظروف الاستثنائية حيث تجد نفسها أمام أمرين لابد من التضحية بإحداهما، سلامة الدولة أو بعض مؤسساتها الدستورية، أم النصوص الدستورية [2].

ويفترض في العنصر الشخصي لفكرة الضرورة التحقق من الأتي :

1. أن يكون عمل الضرورة لازماً حتما، فلا يزيد على ما تقتضي به الضرورة، ويعني ذلك قيام التناسب بين حجم الأزمة والعلاج لدفعها .
2. يجب أن تقدر الضرورة بقدرها .
3. يجب أن تستهدف تلك الإجراءات الضرورية غاية محددة هي مواجهة الخطر، واستهداف الإجراء لتلك الغاية يضفي عليه صفة التدبير العلاجي ويربطه بصلة موضوعية بالأزمة .

وترجع هذه الشروط إلى أصلين معروفين يقضيان بأن الضرورات تبيح المحظورات، وأن الضرورة تقدر بقدرها. فإذا توافرت هذه الشروط فإنه يوجد مسوغ شرعي للتصرف الصادر مخالفاً للقانون وأن للقضاء حق الرقابة على قيام هذا المسوغ وعدم قيامه .

وأن مواجهة الظرف الاستثنائي من شأنه أن يمنح سلطات الإدارة حرية واسعة في تدبير ما يجب اتخاذه من الإجراءات، بمقتضى سلطة تقديرية تختلف في مداها لا في وجوب بسط الرقابة عليها في السلطة التقديرية التي تتمتع بها في الظروف العادية، فمسئولية الإدارة يمكن أن تثار في الظروف الاستثنائية وذلك على أساس

(2) يحي الجمل، مرجع سابق، ص18.

الخطأ الذي وقع منها، غير أن الخطأ في حالة الظروف الاستثنائية يقاس بمعيار أخر، فيستلزم القضاء فيه درجة أكبر من الظروف العادية وهذا أمر طبيعي إذ لا يتطلب من الإدارة في مثل هذه الظروف العصيبة ما يتطلبه في الظروف العادية من الحيطة والدقة [1] .

تطبيقات فكرة الضرورة في الدستور السوداني الإنتقالي لسنة 2005م (حالة الطوارئ):

تأتي تطبيقات فكرة الضرورة في دستور السودان الإنتقالي لسنة 2005م في في الرابع عشر في المواد من (210) إلي (212)، وهذه النصوص المتعلقة بإعلان حالة الطوارئ وسلطات رئيس الجمهورية والمجلس الوطني حيالها. وتقابل هذه النصوص المادتان (74) من الدستور المصري (16) من الدستور الفرنسي.

تنص المادة (210) من دستور السودان الإنتقالي لسنة 2005م علي ما يلي:

(1) "لرئيس الجمهورية بموافقة النائب الأول عند حدوث أو قدوم أي خطر طارئ يهدد البلاد أو جزء منها، حرباً أو غزواً أو حصاراً أو كارثة طبيعية أو أوبئة، أو يهدد سلامتها واقتصادها، أن يعلن حالة الطوارئ في البلاد أو أي جزء منه وفق لهذا الدستور والقانون".

(2) يعرض إعلان حالة الطوارئ علي الهيئة التشريعية خلال خمسة عشر يوماً من صدوره، وإذا لم تكن الهيئة منعقده فيجب عقد دورة طارئة .

(3) عند مصادقة الهيئة التشريعية علي إعلان حالة الطوارئ نظل كل القوانين والأوامر الإستثنائية والإجراءات التي أصدرها رئيس الجمهورية سارية المفعول.

وتنص المادة (211) علي سلطات رئيس الجمهورية في حالة الطوارئ.

" يجوز لرئيس الجمهورية موافقة النائب الأول أثناء سريان حالة الطوارئ أن يتخذ بموجب القانون أو الأمر الاستثنائي أية تدابير تقيد أو تلغي جزئياً أو

([1]) راجع :د.وجدي ثابت، مرجع سابق.

تحد آثار مفعول أحكام هذا الدستور واتفاقية السلام الشامل باستثناء ما منصوص عليه أدناه :

(أ) تعليق جزء من وثيقة الحقوق، ولا يجوز في ذلك إنتقاص الحق في الحياة أو الحرمة من الإسترقاق أو الحرمة من التعذيب أو عدم التمييز علي أساس العرق أو الجنس أو المعتقد الديني أو حق التقاضي أو الحق في المحاكمة العادلة .

(ب) حل أو تعليق أي من أجهزة الولايات، أو تعليق أي سلطات ممنوحة للولايات بموجب هذا الدستور، ويتولي رئيس الجمهورية موافقة النائب الأول تصريف مهام تلك الأجهزة، و يمارس السلطات أو يقرر الطريقة التي يتم بها تدبير شئون الولاية المعنية.

(ج) إتخاذ أي تدابير لازمة لمقتضيات حالة الطوارئ، وتكون لتلك التدابير قوة القانون.

وتنص المادة (212) من الدستور علي إنقضاء حالة الطوارئ. "تنقضي فترة التدابير ذات الصلة بحالة الطوارئ في أي من الحالات التالية :

أ. إنقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ إصدار الإعلان إذا لم توافق الهيئة التشريعية القومية علي مد فترته بموجب قرار.

ب. إنقضاء الفترة التي وافقت عليها الهيئة التشريعية القومية.

ج. إعلان من رئيس الجمهورية بموافقة النائب الأول، برفع حالة الطوارئ.

ولضرورة تعميق فهم هذه المسألة الدستورية نرى عقد المقارنة بين نصوص الدستور السوداني بشأنها والنصوص المقابلة في الدستورين المصري والفرنسي.

تنص المادة (74) من الدستور المصري على ما يلي :

"لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ويوجه بياناً إلى الشعب ويجري الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها" .



كما تنص المادة (16) من الدستور الفرنسي على ما يلي :

"عندما تهدد مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية على نحو جسيم ينشأ عنه انقطاع السير المنتظم للسلطات الدستورية العامة، ويتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تقتضيها الظروف بعد استشارة الوزير الأول ورئيس البرلمان وكذلك المجلس الدستوري ويخبر الأمة برسالة ويجب أن تكون هذه الإجراءات مستلهمة من الرغبة في ضمان قيام السلطات العامة الدستورية بأداء مهامها في أقصر فترة ممكنة ويستشار المجلس الدستوري بشأن موضوعها، ويتجمع البرلمان بقوة القانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة السلطات الاستثنائية" .

وباستقراء نصوص الدستور السوداني بشأن إعلان حالة الطوارئ وسلطات رئيس الجمهورية والمجلس الوطني حيالها وكذلك نص المادة (74) من الدستور المصري والمادة (16) من الدستور الفرنسي، نجدها تمثل تطبيقات عملية لنظرية الضرورة التي تفترض قيام خطر جسيم وحال يهدد مصالح الدولة واتخاذ إجراء استثنائي لمواجهة هذا الخطر .

شروط اللجوء لإعلان حالة الطوارئ في الدستور السوداني :

يتضح عند مطالعة نصوص المواد من 210 إلى 212 أن ثمة شروط يجب توفرها عند اللجوء لإعلان حالة الطوارئ وهي كما يلي :

1. حدوث خطر طارئ يهدد البلاد أو جزء منها، ويتمثل هذا الخطر في الحرب أو الغزو أو الحصار أو أي كارثة أو أوبئة، بحيث تهدد سلامتها واقتصادها. فالخطر يجب أن يقع على موضوعات محددة على سبيل الحصر وهي الموضوعات التي أشارت إليها الفقرة (1) من المادة 210 من الدستور. ويستلزم اللجوء لإعلان حالة الطوارئ، أن تكون هي الوسيلة الوحيدة اللازمة لحماية المصالح التي يهددها الخطر وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء حيال الضرورة والظروف الاستثنائية، والذي عبر عنه بشرط "لزوم اللجوء للتنظيم القانوني الاستثنائي" .

وسكت المشرع الدستوري في المادة 210عن وصف أن يكون الخطر جسيماً وحالاً، إلا أن شرطا الجسامة والحلول قد استقر في الفقه والقضاء على توافرهما، حيث يستبعد الخطر المتوقع والمحتمل. ويرى البعض[1] أن لرئيس الجمهورية سلطة كاملة في تقدير الظروف المحيطة بحالة الخطر، ومن ثم يكون له وحده أن يقرر وقوع التهديد الذي يجب تدخله باستعمال النصوص المتعلقة بإعلان حالة الطوارئ واللجوء إليها.

والخطر الجسيم هو خطر استثنائي في طبيعته ومداه، وتستفاد الصفة الاستثنائية في الخطر من الواقع المادى ذاته، فيجب أن يكون الخطر غير مألوف، ولا يحدث في لغالب الأعم في مجريات الحياة اليومية، ويمس مصالح حيوية منذراً بإنهيارها، ولا يمكن دفعه إلا بوسائل إستثنائية[2]

2. أن يعرض إعلان حالة الطوارئ (إجراءات الضرورة) على الهيئة التشريعية

---

(1) راجع د. السيد خليل هيكل – ظاهرة تقوية مركز رئيس الجمهورية في كل من الدستورين المصري والفرنسي – مكتبة الآلات الحديثة – 1281 , أسيوط ص54 .

(2)محمد أحمد عبد المنعم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري،دار النضة العربية،القاهرة 200، ص 90.

القومية، خلال خمسة عشر يوماً من صدورها. وإذا لم يكن المجلس منعقداً يدعي لاجتماع طارئ. وبمطالعة الفقرة (2) من المادة 210 من الدستور، نجدها تتضمن رقابة الهيئة التشريعية القومية على سلطات رئيس الجمهورية حيال إعلانه لحالة الطوارئ والتدابير المتعلقة بها. إلا أن المادة 211من الدستور في الفقرة (أ) أعطت رئيس الجمهورية ممارسة الوظيفة التشريعية استثناءً فيما يتعلق بموضوعات الأزمة فقط. كمكنة استثنائية من مكنات الضرورة. وهذه المكنة للتحلل من القواعد التشريعية واللائحية دون المساس بالقواعد الدستورية، كما أن المادة 211 تحظر إتخاذ أي أمر إستثنائي أو تدابير تقيد أو تلغي جزئياً أو تحد من آثار مفعول أحكام هذا الدستور أو إتفاقية السلام الشامل .

فإذا كان من المحظور على البرلمان مخالفة نص دستوري أو تعديله او وقفه من باب أولى لا يكون للعمل الصادر من رئيس الجمهورية – وهو دون التشريع في المرتبة – قدرة انهاء أو تعطيل إرادة المشرع الدستوري .

لأن التسليم بسلطة وقف النصوص الدستورية يضاعف من تقوية سلطات الأزمة في الوقت الذي يمكن فيه مواجهة الأزمات بوسائل قانونية عديدة ليس من بينها المساس بقواعد الدستور [1] .

إلا أن المشرع الدستوري قد أعطي رئيس الجمهورية بموافقة النائب الأول كما تقرر المادة (211) الفقرتين (أ) و (ب) سلطة إتحاذ أي أمر إستثنائي أو تدابير تعلق جزء من وثيقة الحقوق والحريات المرتبطة بموجبات إعلان "حالة الطوارئ "الحرب والغزو والحصار والكوارث والأوبئة "، كما له حق حل أو تعليق أي من أجهزة الولايات .

وبالنظر للفقرة (2) من المادة 211 من الدستور السوداني نجدها قد تتضمن شرطاً مؤداه أن تظل الهيئة التشريعية القومية منعقدة أو تدعى لاجتماع طارئ إذا لم

(1) راجع د. السيد خليل هيكل – ظاهرة تقوية مركز رئيس الجمهورية في كل من الدستورين المصري والفرنسي – مكتبة الآلات الحديثة اسيوط – ص54

تكن في دورة انعقاد، ولقد اشترطت المادة (16) من الدستور الفرنسي أن يظل البرلمان منعقداً بقوة القانون طوال فترة تطبيق السلطات الاستثنائية مع عدم جواز إمتداد سلطات رئيس الجمهورية لحقه في حل البرلمان، وعلاوة على ذلك اشترطت المادة (16) من الدستور الفرنسي وجوب استشارة رئيس مجلس البرلمان والوزير الأول والمجلس الدستوري (وهو هيئة قضائية للفصل في المسائل الدستورية كالمحكمة الدستورية في النظام القضائي السوداني).

كما تشترط المادة (74) من الدستور المصري على توجيه بيان إلى الشعب وإجراء استفتاء على ما يجريه رئيس الجمهورية من إجراءات خلال ستين يوماً من تاريخ اتخاذها.

وتنص المادة 211 من دستور السودان الإنتقالي لسنة 2005م على سلطات المجلس الوطني إذا عرضت عليه إجراءات الضرورة (التدابير المنصوص عليها في المادة 211 من الدستور حيال حالة الطوارئ) إن يجيز أي أمر استثنائي أصدره رئيس الجمهورية أو أن يعدله أو يلغيه وللهيئة التشريعية أن توافق على مد حالة الطوارئ والتدابير المصاحبة لها .

مدى أثر إجراءات الضرورة بوجه عام على قواعد المشروعية :

إذا سلمنا بأن هناك أثر كلي لسلطات الضرورة بهدم كل قواعد المشروعية، فإن لرئيس الجمهورية بموجب النصوص المتعلقة بإعلان حالة الطوارئ والتدابير المصاحبة لها انتهاك كافة قواعد المشروعية، أما إذا سلمنا بتأثير جزئي تمارس فيه أحكام الضرورة على مبدأ المشروعية، فإن رئيس الجمهورية لا يملك تجاوز قواعد المشروعية .

معنى هذا أن إجراءات الضرورة لا تؤثر في جميع قواعد المشروعية، وهذا الأثر الجزئي يجب أن يقف عند حد القواعد التشريعية واللائحية دون القواعد الدستورية .

فالضرورة والمشروعية يتواجدان معاً ويتلازمان، ذلك لأن الأحكام الاستثنائية التي حتمتها نظرية الضرورة تشكل نظاماً قانونياً يستقل في بنائه القاعدي عن

المشروعية العادية – وفي هذا النطاق المستقل تخالف إجراءات الضرورة القوانين واللوائح، لكن في الوقت نفسه تشارك هذا النظام في قاعدة أساسه، القواعد الدستورية، إذ يمثل الدستور بقواعده المصدر الشكلي للقواعد العادية والاستثنائية على حد السواء (1).

إن تطبيقات فكرة الضرورة تعد إستثناء متوازناً علي مبدأ الفصل بين السلطات، فإذا كان الأصل هو إستقلال كل سلطة من السلطات الثلاث بإختصاصها عن السلطتين الأخرتين، إلا أن هذا المفهوم الجامد للمبدأ الدستوري لم يكن قائماً في ظل التطورات والظروف الحالية، إذ تعترف النظم الدستورية للسلطة التنفيذية بممارسة قدر من سلطة التشريع إستثناءً علي مبدأ الفصل بين السلطات لدي توافر إحدي موجبات حالة الضرورة، إلا أن هذه السلطات غير مطلقة وإن لم يحددها الدستور لأن سكوت الدستور عن ذلك يرجع إلي صعوبة بل وإستحالة هذا التحديد بنص دستوري، إلا أن هذه السلطة الإستثنائية في التشريع تحرص النظم الدستورية ضبطها وتقييدها بالرقابة السياسية المتمثلة في رقابة المجلس التشريعي فضلاً عن رقابة المحكمة الدستورية للتحقق من توفر الضوابط والحدود التي رسمها المشرع لممارستها (2).

---

(1) وجدي ثابت – مصدر سابق – ص111 .

(2) د. محمد أحمد عبد المنعم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية. القاهرة 2002م، ص 45.

المبحث الثاني
حدود رقابة القضاء الدستوري على شرط الضرورة

يمارس القضاء الدستوري رقابته على تحقق شرط الضرورة استناداً على أساس دستوري. ولا محاجة للقول بأن خلو النصوص المنظمة لحالات الضرورة من اسناد دور واضح للقضاء الدستوري للزعم بانتفاء دوره الرقابي على تحقق هذا الشرط.

بالرغم الاعتراف بالرقابة الدستورية على تحقق شرط الضرورة استناداً إلى أساس من الدستور فإن أمر تحديد طبيعة هذه الرقابة من الأمور الشائكة التي تتطلب قدراً من البحث والتوفيق[1].

والسؤال الذي يطرح في هذا المقام:

هل يعتبر رقابة القضاء الدستوري على شرط الضرورة من قبيل رقابة المشروعية أم رقابة الملائمة أم هي رقابة من طبيعة خاصة أو مركبة.

الثابت أن قرابة المشروعية تقتصر على مجرد التحقق من مطابقة القانون المطعون ضده أو فيه مع نصوص الدستور القائم دون أن يتعدى بحث مدى التطابق بين القانون والمبادئ العليا التي تعلو الدستور، وعلى هذا الأساس يمتنع على القاضي الدستوري -كأي قاضي آخر- أن يتعرض لبحث ملائمة التشريع أو الخوض في ماهية البواعث التي أدت إلى صدور التشريع أو ضرورته لتحقيق الأهداف التي توخاها المشرع.

إلاّ أن الدور الذي يجب أن يمارسه القاضي الدستوري إزاء شرط الضرورة لا يقتصر على مجرد مطابقة (القرار بقانون) لأحكام الدستور، لأنه يتولى -فوق ما تقدم- التحقق والتثبت من الوقائع المكونة لشرط الضرورة والمبررة لإستخدام رئيس الجمهورية للصلاحيات الاستثنائية التي تخولها له إحدى حالات الضرورة والتي تدفعه بالتالي إلى إصدار هذا القرار بقانون، فهي إذن ليست رقابة مشروعية خالصة. ولا نستطيع أن نعتبر الرقابة الدستورية على شرط الضرورة من قبيل رقابة الملائمة.

فرقابة الملائمة تعني التعرض لبحث ملائمة التشريع والبحث عن الأهداف أو

---

[1] د.محمد أحمد عبدالمنعم، شرط الضرورة، مرجع سابق، ص99.

الأغراض التي دفعت المشرع لإصدار هذا التشريع، فهذه الأمور تدخل ضمن عناصر الملائمة التي تستقل بها السلطة السلطة التشريعة بتقديرها.

وقد استبعد غالبية الفقه –باستثناء قلة محدودة– تكييف الرقابة القضائية على دستورية القوانين على أنها رقابة ملاءمة، على اعتبار أن وظيفة المشرع الأصلية هي تقدير ملاءمة التشريع ومدى صلاحية للمجتمع ومن ثم يكون إشراك القضاء في هذا الأمر بمثابة عدوله على استقلال السلطة التشريعية وخروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات[1].

على هذا الأساس يمكن القول بأن الرقابة التي يمارس القضاء الدستورية على شرط الضرورة ليست رقابة ملائمة، ذلك لأن الدستور قد حدد مجال سلطات لها قوة القانون وهو وجود وقائع على درجة عالية من الخطورة تمثل ظرفاً استثنائياً ولقد جعل المشرع سلطة رئيس الجمهورية هنا سلطة مقيدة وليست تقديرية مما يدعو إلى القول بأن الرقابة هنا رقابة مشروعية. ووجه التقييد هنا ضرورة اتفاق أعمال هذا السلطات وفقاً للقانون والدستور.

القضاء الدستوري يوازن بين الاعتبارات السياسية والقانونية في مجال الرقابة على شرط الضرورة:

واضح من التنظيم الدستوري لشرط الضرورة في النظم الدستورية أنها تمنح رئيس الجمهورية سلطات استثنائية وخطيرة لحماية كيان الأمة لما يتهددها من أخطار جسيمة وعاجلة، ويتضح أن رئيس الجمهورية هو الذي يقدر ثقل هذه الأخطار ومدى اعتبارها تبرر اتخاذه الإجراءات الاستثنائية.

السؤال: ما طبيعة هذه الإجراءات من ناحية قانونية؟

ذهب جانب لاعتبارها أعمال سيادة ولا تخضع لرقابة القضاء، بينما ذهب جانب آخر لاعتبار قرار اللجوء لإعلان حالة الطوارئ قرار سيادي أما القرارات بقوة القانون التي تصاحب إعلان حالة الطوارئ هي قرارات (إدارية) حكومية يمكن الطعن

---

[1] المرجع السابق، ص91.

فيها أمام القضاء.

القضاء الدستوري يغلب الاعتبارات السياسية في مجال تقييم شروط تطبيق حالة الطوارئ. ويفترض لإعلان حالة الطوارئ تعرض البلاد لظروف غير عادية خارجية أو داخلية تجعل من الصعب مباشرة السلطات لمهامها بغير اللجوء إلى إجراءات استثنائية غير مألوفة في القانون العام بهدف مواجهة تلك الظروف .

من المستقر عليه لدى جانب من الفقه أن قرار إعلان حالة الطوارئ هو من قبيل أعمال السيادة ذلك بسبب الاعتبارات السياسية واستناداً إلى أن رقابة البرلمان تمنع رقابة القضاء[1].

---

(1) د.محمد أحمد عبدالمنعم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص99.

المبحث الثالث
مبدأ المشروعية وسلطات الضرورة في النظام الإسلامي

عرفنا فيما سبق أن المشرع يضع القاعدة القانونية التي تتلاءم وحاجة الجماعة في الظروف العادية، فإذا تبين أن تطبيق هذه القاعدة القانونية لا يتفق والاعتبارات التي قدرها، إذا اجتاح البلاد فتنة أو هددت بحرب أو غزو أو استشرى بها وباء مما يشكل ضرورة تواجهها السلطة التنفيذية باتخاذ الإجراءات السريعة (ولو خالفت القانون) بما يسمح لها دفع الظروف الاستثنائية (ولو اقتضى الأمر عدم إعمال النص القانوني) .

هل عرف النظام الإسلامي نظرية الضرورة بالمعنى المعاصر ؟!:

يُعرف فقهاء الأصول الضرورة بأنها الحالة التي يتعرض فيها الإنسان إلى الخطر في دينه أو نفسه أو عقله أو عرضه أو ماله، فيلجأ إلى مخالفة الدليل الشرعي الثابت، بحيث لو لم تراع لحزم أو حيف تضيع معه مصالحه الضرورية[1] ذلك لأن الشريعة الإسلامية جاءت لحفظ الضروريات الخمس : الدين، النفس، العقل، النسل والمال، والمحافظة على هذه الضروريات أمراً مقصوداً للشارع لا يتغير أبداً [2].

وعلى هذا الأساس قسم فقهاء الأصول الحكم التكليفي باعتبار عمومه وعدم عمومه إلى رخصة وعزيمة، فالرخصة هي ما شرعه الله تعالى من الأحكام بناء على أعذار العباد ولقصد التخفيف والتيسير عليهم في حالات خاصة، والعزيمة هي قصد الشيء قصداً مؤكداً فهي الأحكام التي شرعها الله تعالى لتكون قانوناً عاماً لكل المكلفين في جميع الأحوال [3].

ونلاحظ أن تعريف الضرورة كما جاء في كتب الفقه قاصراً على الضرورة التي يواجهها الأفراد والتي تقتضي التخفيف ولا تنصرف على الضرورة التي تتعرض لها

---

[1] أنظر الموافقات ج2–ص8 وما بعدها

[2] أنظر الضرورة . أ د. وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، بيروت ص 246 .

[3] أصول الفقه، د.بدران أبو العينين . دار المعرفة 1969م القاهرة ص 285 .

الدولة، والتي تستوجب العدول عن الحكم الأصلي إلى ما تستوجبه الضرورة، ونلاحظ أن الضرورة التي تتعرض لها السلطات العامة، قد تقتضي العدول من حكم إلى ما هو أشد منه باتخاذ إجراءات استثنائية كتقييد الحريات، واتخاذ إجراءات رادعة، وغير ذلك مما تفترضه الضرورة حفظاً لكيان الدولة ومصالحها الأساسية، بعكس الضرورة التي تواجه الأفراد والتي تستوجب التخفيف والتيسير [(1)].

وبناءً على ذلك فإن بعض التصرفات التي تجريها السلطات العامة والتي تعتبر غير مشروعة في حالة السعة والاختيار (الظروف العادية) تعتبر جائزة شرعاً إذا ما حتمت الضرورة ذلك.فالعمل بالضرورة لا يعد نقصاً وهدماً لأدلة الشرع، إذ فيه مخالفة واضحة للدليل الشرعي الثابت، بل هو عمل بالدليل الشرعي، إذ الضرورة ثابتة به، وفي حدود مقاصد الشرع ومراميه، ولا تعتبر هذه التصرفات المخالفة للشرع اعتداء على المشروعية بل تعتبر هذه التصرفات مرتبة لأثارها باعتبارها المشروعية اللازمة في هذه الظروف غير العادية [(2)].

شروط الضرورة وضوابط العمل بها :

تعتبر الشريعة الإسلامية أسبق الشرائع في الأخذ بنظرية الضرورة، حيث وضعت لها القواعد المحكمة التي تكفل الوقوف عند حد الضرورة، بل جعلت فيها الوجه الثاني للمشروعية، وثمُة شروط وقيود للعمل بالضرورة الشرعية منها:

الشرط الأول : أن تكون الضرورة قائمة بالفعل ولا منتظرة : بمعنى أن تكون الضرورة حالة قائمة بالفعل وغير متوهمة، إذ أن التوهم لا يجوز أن يبنى عليه العدول عن الحكم الشرعي المقرر إلى غيره، أي لابد أن يحصل في الواقع حالة غير عادية تجعل من المحتم مواجهتها بإجراء استثنائي ولو خالف الحكم في حالة السعة والاختيار، بحيث ولو لم يتم ذلك يخشى في نطاق الأفراد الهلاك والتلف على النفس أو المال، وفي نطاق السلطات العامة يخشى حدوث ضرر جسيم يؤثر على المصالح

---

(1) المرجع السابق ص 286 .

(2) القضاء الإداري . د.عبد الله مرسي سعد . رسالة دكتوراة جامعة الإسكندرية 1972م ص 225 .



الأساسية في الدولة ويشترط في هذا الضرر أن يكون أمراً قاطعاً أو ظناً غالباً، ولا يلتفت إلى الوهم والظن البعيد [1].

ولتحقيق هذا الشرط يؤخذ بغلبة الظن حسب الوضع الطبيعي للأمور والمألوف ولو أدى إلى الإضرار بالغير، عملاً بقاعدة (إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما) [2].

الشرط الثاني : ألا يكون دفع هذا الضرر إلا بالمخالفة لحكم شرعي تقرر على الفرد أو السلطة العامة في حالة السعة والاختيار (الظروف العادية) .

الشرط الثالث : أن تقدر الضرورة بقدرها، من حيث الزمان والمكان، فالضرورة إذا كانت تؤدي إلى العدول عن الحكم المقرر ابتداء، فيجب أن يكون هذا العدول بالقدر الذي تتطلبه حالة الضرورة، وعدم التحلل من قواعد المشروعية تحللاً كاملاً [3].

إن تقدير الضرورة في نطاق السلطات العامة، يجب أن تأتي ممن له علم بالواقع، ملماً بملابسات الأمور وأبعادها ذلك لأن الحكم فرع من تصوره .

الشرط الرابع : إن العمل بالضرورة مرتبط بقيام الضرر وتوقعه، فإن زال فلا ضرورة، أي إن إجراءات الضرورة يجب أن تقتصر على الفترة الزمنية التي تقوم خلالها، فإذا زال الضرر يجب العودة فوراً إلى حكم الأصل [4].

---

[1] مبدأ المشروعية . د. فؤاد النادي . مرجع سابق ص 100 .

[2] الأشباه و النظائر . ابن نجيم ح 1 ص 121 .

[3] مبدأ المشروعية، د. فؤاد النادي، مرجع سابق ص 102 .

[4] الأشباه و النظائر، مرجع سابق ص 122

الباب الثاني
الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة في السودان

تمهيد وتقسيم :

يعتنق السودان نظام القضاء الموحد فيما يتعلق بالرقابة القضائية علي أعمال الإدارة، حيث تقوم جهة القضاء العادي بالفصل في كافة المنازعات التي تنشأ بين الأفراد بعضهم بعضاً , وبين الإدارة والأفراد وفقاً لقواعد قانونية واحدة وهذا كأصل عام , يرد عليه استثناء فرضته تعدد أوجه نشاط الدولة وتوسعها مما أدي إلي منح بعض المجالس الخاصة, اختصاصاً شبة قضائي في بعض المنازعات وفق التشريعات التي تخول ذلك, كتشريعات الراضي وقانون العمل وقوانين الخدمة العامة .

وأخذ السودان بنظام القضاء الموحد عن إنجلترا التي أورثته نظامها القانوني، ولقد تطورت رقابة المحاكم على أعمال الإدارة في السودان , بعد أن كان اختصاصها مقيداً تجاه أعمال الإدارة بإصدار أمرها بعمل شئ من اختصاصها أو الامتناع عن عمل فرض القانون عدم القيام به وهو ما اصطلح عليه " أوامر الامتثال " فأصبح للقضاء في السودان ولاية إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة وتعويض الأضرار الناجمة عنها.

كما اخضع القانون السوداني القرارات الصادرة في مواجه العاملين بالدولة تطبيقاً لقوانين ولوائح الخدمة العامة للجان ودوائر قضائية أخري مستقلة تتمثل في ديوان العدالة للعاملين بالخدمة العامة .

كما نهج القانون السوداني منهج مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية ووضع نظرية متكاملة في المسئولية الإدارية. إلا أن منازعات العقود الإدارية لم تتبلور بشأنها أحكام خاصة في القانون السوداني .

ويقتضي البحث تقسيم هذا الباب إلي عدة فصول كما يلي :

الفصل الأول: القضاء كمصدر إنشائي للقانون الإداري

الفصل الثاني: نظام القضاء الموحد وارتباطه بالفقه الإنجليزي .

الفصل الثالث : تطور الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة في السودان .



الفصل الأول
القضاء كمصدر إنشائي للقانون الإداري

تجري دراسات أصول القانون على تقسيم المصادر الوضعية للقواعد القانونية إلى فئتين تتمثل الأولى في المصادر الرسمية وهي التشريع والعرف، بينما تتمثل الثانية في المصادر المفسرة وهي القضاء والفقه، ومحور الخلاف بين هاتين الفئتين من المصادر الوضعية، أنه بينما يعمل التشريع على إعلان القواعد القانونية بواسطة السلطة السياسية المختصة في الدولة، فيكون القانون هو تعبير عن إرادة هذه السلطة، بينما يعمل العرف على إعلان القواعد القانونية التي تتكون تلقائياً بحكم اطراد سلوك الأفراد على وضع معين واستقرارهم فيما بينهم على أن هذا الاطراد قد أصبح جزءً من سلوكهم الاجتماعي الملزم.

فإن الفقه والقضاء لا يدخل في اختصاصهما هذا النوع من العمل القانوني، لكنهما – كل في مجاله – يقتصر على مهمة تفسير القانون العرفي أو التشريعي واستنباط الأحكام والمبادئ والنظريات التي تقوم عليها. فالفقهاء حين يعرضون للقانون الوضعي بالبحث والتحليل، وحين يعرضون لأحكام المحاكم بالمقارنة والنقد والتقرير، إنما يساعدون على رد الحلول الجزئية إلى أصولها ومبادئها العامة، وهم يمارسون في كذلك سلطة كبرى في إبراز عيوب وغموض التشريع والقضاء، وفي بيان ما فيهما من نقص وغموض وتقصير عن ملاحقة مقتضيات الحياة الاجتماعية المتجددة، وبذلك يسهم الفقه إلى حد كبير في التأثير على المشرع وعلى القضاء على حد السواء .غير أن الفقه حين يلعب هذا الدور الخطير فإنه لا يمارس غير سلطة معنوية لا أكثر، فالفقه ليست له صفة رسمية حتى تكون لآرائه ونظرياته قوة ملزمة .

أما القضاء فيجري الفقه القانوني عادة على الموازنة بين نوعين من أحكام المحاكم:-أحكاماً عادية لا تزيد عن أن تكون مجرد تطبيق للقانون في حالات فردية خاصة، وهي ما تعارف عليها بالأحكام الفردية، وأحكام أخرى تقرر مبادئ عامة ذات



أسباب وحجج قانونية يمكن أن تحترم في غير حالة الحكم التي صدرت فيه وأن تطبق على مثيلاتها من الحالات في المستقبل.

غير أنه مهما تكن القيمة العلمية لهذا النوع الثاني من الأحكام التي تقرر مبادئ عامة، فالراجح في الشرائع الحديثة ولدى أغلب الفقه أن المحكمة حين تتدخل بموجب الدعوى لتقول كلمة القانون، فإنها لا تشرع ذلك لأن القاضي حين ينطق بالحكم لا يصدر لائحة عامة ولا يضع قاعدة قانونية جديدة يضيفها إلى جملة القواعد المكونة للنظام القانوني في الدولة، بل أنه يؤدي وظيفته في حدود القانون القائم بتطبيق هذا القانون والنطق به في القضية المعروضة عليه[1] .

وما من شك في أن المحكمة – وهي تطبق القانون – لا بد أن تسعى جهدها في البحث عن حكمه الملائم والواجب الاتباع في النزاع المنظور، ومن ثم فهي تملك سلطة تفسير القانون القائم حين يداخلها شك في حقيقة معناه، مستعينة في ذلك وبقصد استجلاء حقيقة إرادة المشرع فيه – بكافة وسائل التفسير المقررة .

وتأسيساً على ذلك استقر في الفقه الغالب أن أحكام المحاكم لا تنشئ حقوقاً لذوي الشأن ولا تقرر التزامات في مواجهتهم، ولكنها تقف عند حد الكشف عن هذه الحقوق والالتزامات التي تسبق في وجودها تدخل المحكمة والنطق بالحكم .

غير أن ثمة خلاف كبير يفصل في وضوح بين دور القضاء ودور الفقه في تفسير القانون .

ويجتمع هذا الخلاف حول محورين رئيسيين :

1. فمن ناحية لا يقوم القضاء بما يقوم عليه الفقه عادة من تقديم اقتراحات أو حلول نظرية أو افتراضات ذهنية ولكنه يطبق القانون على حالات ومنازعات وأقضية فردية وحادثة فعلاً في الحياة اليومية للناس .

---

[1] د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية – القاهرة – ط3 1976م، ص 61-63.

2. من ناحية ثانية .. يؤدي القضاء مهمته باعتباره سلطة رسمية مقرر لها بحكم الدستور أن تنطق بالقانون وأن تنزل حكمه على المنازعات المعروضة بصورة تجعل الحكم عنوان الحقيقة القانونية في النزاع مما ينتج عنه أن يكون هذا الحكم ملزماً للخصوم ولكن في النطاق المحدد لقاعدة حجية الشيء المقضي به. ذلك لأن الحكم وإن كان لا يتمتع بالحجية الشرعية العامة التي هي من خصائص القواعد القانونية إلا أنه في مدلوله التفسيري، وبمناسبة النزاع المعروض وبين ذات الخصوم في الدعوى يمثل عنوان الحقيقة القانونية الملزمة بصورة نهائية مؤدى هذا أنه متى أصبح الحكم القضائي نهائياً سواء لإستنفاذ جميع طرق الطعن الجائزة فيه قانونا أو لفوات مواعيد هذه الطعون فإنه يعتبر في خصوصية النزاع الذي صدر فيه قاعدة قانونية واجبة الاتباع[1].
3. ويترتب على حجية الأحكام أن تكون الهيئات العامة المنوط بها قانوناً تنفيذ هذه الأحكام ملزمة بإجراء هذا التنفيذ بالقوة عند الاقتضاء، لأنه إذا كان نظام الدولة الحديثة ينكر على الأفراد اقتضاء حقوقهم بأنفسهم – إذ تتولى الدولة عنهم أمر أداء العدالة، فإنه ينكر عليهم استخدام القوة بقصد تنفيذ الأحكام النهائية الصادرة لمصلحتهم، فقد جعل القانون أمر التنفيذ الجبري للأحكام حكراً على الدولة وحدها فهي التي تملك حق استخدام القوة لتنفيذ الأحكام حين ينعدم التنفيذ الاختياري .

وجدير بالذكر أن ننبه إلى أن التزام السلطة العامة بتنفيذ أحكام القضاء لا يعني على خلاف مبدأ الفصل بين السلطات – أنها خاضعة للمحاكم أو أنها فقدت استقلالها في مواجهتها، فلا تزال القاعدة المستقرة في بلاد النظام الإداري على وجه الخصوص (نظم مجلس الدولة)كفرنسا تحظر على القاضي عادياً كان أو إدارياً أن يتدخل في أعمال الإدارة فهو لا يملك أن يوجه الإدارة بأية أوامر أو تعليمات .

---

[1] المرجع السابق، ص 63.



والواقع أن التزام السلطة العامة بتنفيذ الحكم النهائي ليست إلا تطبيقاً لمفهوم قاعدة حجية الأحكام لما تتضمنه هذه الحجية لمعنى التفسير الرسمي والنهائي لقاعدة القانون التي تحكم النزاع.

ومن ثم فإن التزام الإدارة بتنفيذ الإحكام النهائية ليس في حقيقة إلا امتداداً لوضعها الطبيعي في التنظيم السياسي للدولة المعاصرة، باعتبارها السلطة القائمة على تنفيذ القانون –إذ ليس الحكم النهائي إلا تفسيراً رسمياً للقانون على نزاع بعينه.

ذهب بعض الفقه إلىالنظر إلى القضاء باعتباره مصدراً رسمياً للقانون (في نطاق القانون والقضاء الإداريين) .

الحل الصحيح للمشكلة المعروضة يتوقف على إيضاح نقطتين رئيسيتين تتحكم كل منهما في تحديد مهمة القاضي .

و هاتان النقطتان هما على التوالي :

1. مكان القاضي في التنظيم السياسي للدولة المعاصرة طبقاً لما يؤدي إليه مبدأ الفصل بين السلطات .
2. حقيقة دور القاضي في تفسير القانون .

أما النقطة الأولى .. فقد استقر في النظم السياسة المعاصرة أن توزع وظيفة الحكم إلى ثلاثة وظائف هي التشريع التنفيذ القضاء على أكثر من هيئة عامة.وهو شرط الحكومة الدستورية الحرة. وأن يقوم هذا التوزيع على أساس التخصص الوظيفي لكل هيئة.

ولما كانت الوظيفة التشريعية تتحدد بحكم طبيعتها في وضع القواعد القانونية العامة التي يتم بها رسم الخطوط العامة للحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، لذلك كان صحيحاً ما يقال عنها أنها الأداة الحكومية الأساسية التي يتحدد بها ضوابط السلوك القانوني لكل من الحكام والمحكومين على السواء – وهو ما يوجب لها أن تكون على قمة الهرم من التدرج الذي تنتظم فيه وظائف الدولة وهيئاتها العامة.

لأنه متى ما علم أن مهمة الوظيفة التنفيذية هي الإشراف على حسن سير المرافق العامة بقصد أداء الخدمات العامة في نطاق الإطار القانوني العام للدولة.



ومتى علم كذلك أن مهمة الوظيفة القضائية هي فض المنازعات – برد أصحابها إلى حظيرة القانون وإقرار حقوقهم والتزاماتهم الثابتة فيه –وكان منطقياً أن تخضع الوظيفة التنفيذية والقضائية لحكم القانون الذي يعبر عن إرادة السلطة التشريعية بحكم ما لها من هيمنة عامة على النظام القانوني في الدولة .

وطبيعي أن ينتهي هذا النظر إلى إنكار كل محاولة لاعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقانون، ذلك لأن الأصل في القضاء أن يطبق القانون ويخضع له ولا يملك أي سلطة لإنشائه .

ولا يصح أن يقال في مقام الاعتراض على هذا الرأي، أنه في دولة كالولايات المتحدة الأمريكية يمكن للقضاء أن يفرض تصوره للقانون على السلطة التشريعية – بموجب ما قد تقرر له من حق مراقبة دستورية القوانين – لأن استقرار القضاء – خصوصاً في هيئاته العليا – على الامتناع عن تطبيق قانون معين بحكم عدم دستوريته سيفرغ القانون من كل قيمته الحقيقية مما تضطر السلطة التشريعية بسببه إلى تعديله، غير أن هذا الاتجاه في التفسير مع صحته لا يمكن أن يؤدي في تصورنا إلى اعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقانون وذلك لسببين رئيسيين:

الأول : أن القضاء مهما اطرد على الامتناع عن تطبيق التشريع، فإنه لا يؤدي قانوناً إلى إلغاء هذا التشريع.بل يبقى التشريع قائماً وواجباً النفاذ في غير الحالات التي صدرت فيها الأحكام ما لم يعدل أو يلغى بنفس أداة وطريقة إصداره أي بتعبير إرادي مضاد من السلطة التشريعية .

الثاني : أنه إذا اطرد القضاء على الامتناع عن تطبيق التشريع، فإنه إنما يفعل ذلك تطبيقاً للدستور، ذلك لأن الأصل في وظيفة القاضي أنه يطبق القانون، وإذا تعارض أمامه قانونان وعجز عن أن يطابق بينهما، رجح حكم القانون الأعلى على حساب القانون الأدنى، ومعنى ذلك أن القضاء محكوم باستمرار تطبيق القانون السابق في وجوده على تدخله فهو لا ينشئ القانون ولا يعتبر من مصادره الرسمية.



أما عن النقطة الثانية (حقيقة دور القاضي في تفسير القانون) : فمعلوم أن الأصل في أحكام القضاء أنها تؤدي فقط إلى فض ما يثار أمام المحاكم من منازعات، وإذ تتدخل المحكمة بموجب الدعوى لتقول في الخصومة كلمة القانون، فدور القاضي هنا مقصوراً على تحديد قاعدة القانون التي تحكم النزاع المعروض عليه، وتطبق حكمها عليه .

وتطبيق القانون على النزاع قد يبدو مهمة سهلة لأنها لا تعدو أن تكون قياساً للحالة الواقعية في النزاع المعروض على الحالة النموذجية المقررة في القانون، للتحقق من اتفاقها معها في عناصرها الرئيسية وإجراء حكم الثانية على الأولى.

إلا أنه في بعض الحالات قد تكون مهمة التطبيق معقدة وعسيرة ذلك حيث يصعب تحديد قاعدة القانون الواجبة التطبيق على النزاع. أو حين يصعب استنباط حكمها الذي يطابق الإرادة الحقيقة للمشرع ..ومهمة القاضي تصبح أكثر عمقاً . حيث يجب عليه تفسير القانون للاستدلال على حكمه الصحيح بقصد تطبيقه على الحالة المعروضة التي وضع لها هذا الحكم، وقد يحدث أن تعرض حالة أمام القاضي فلا يجد من النصوص القائمة نصاً يحكمها أو يمكن أن طبقه في شأنها، وتلك حالات كثيرة الوقوع لأن التشريع مهما يكن دقيقاً في نصوصه شامل النظرة في تصوره للمسائل التي ينظمها، فلا يمكن مع ذلك أن يتنبأ بجميع الحالات الخاصة والمراكز الجديدة التي توجدها الحياة العملية، وعلى الرغم من ذلك فلا يزال القاضي ملزماً بالحكم في النزاع وبالبحث عن قاعدة القانون الذي تحكمه، لأن من واجب القاضي دائماً أن يجد لكل منازعة حلاً ولا يستطيع أن يتحلل عن هذا الواجب بمقولة انعدام النص وإلا عرض نفسه للمؤاخذة بجريمة النكوص عن أداء العدالة، فعلى القاضي في هذه الحالة أن يستنفذ جميع وسائل التفسير لاستظهار قصد المشرع وبيان نيته بالرجوع للأعمال التحضيرية والسوابق التاريخية ويمكن أن يرتفع فوق النصوص ليستعين بمبادئ القانون العامة المستوحاة من قواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة .

والقاضي هنا لا يقوم بمجرد التفسير، إنما يقترب كثيراً من إنشاء القانون – لكنه رغم من ذلك ليس مطلق الحرية، بل تقيده مبادئ التشريع القائم، فهو ينشئ في ظل القانون وعلى امتداده –فهو لا يجعل إرادته الشخصية أساساً لدوره في إنشاء قواعد القانون في هذه الحالة– إلا بالقدر الذي تتفق فيه هذه الإرادة مع المبادئ العامة المستخلصة من النصوص باعتبارها المبادئ التي صدر التشريع على أساسها .

يزداد دور القاضي الإنشائي عمقاً في مجال القانون الإداري غير المقنن بطبيعته. وصحيح أنه توجد في كثير من الدول بعض مجموعات القوانين واللوائح، كما أنه قد توجد بعض تقنيات جزئية لبعض موضوعات القانون الإداري، كقانون الخدمة العامة، وقوانين نظم الإدارة المحلية، وقوانين المؤسسات العامة .

غير أن عدم تقنين القانون الإداري لا يعني أنه ينبع من مصادر مغايرة لمصادر غيره من فروع القانون. ذلك لأنه كبقية فروع القانون الأخرى لا يزال يعتمد على نفس المصادر الأربعة سالفة الذكر، التشريع والعرف باعتبارهما مصادراً رسمية والفقه والقضاء باعتبارهما من المصادر المفسرة .ولكن الجديد هنا أن هذه المصادر المختلفة لا تتمتع فيما بينها بنفس القدر من الأهمية التي هي عليه في القوانين الأخرى .

وتفصيل ذلك، أنه إذا كان للعرف بعض الأهمية في بعض أجزاء النظرية العامة للقانون الإداري فهي أهمية ثانوية، وإذا كان للتشريع كذلك بعض الأهمية خصوصاً فيما يتصل بالتنظيم الإداري أو ببعض ما يتعلق ببعض الأعمال الإدارية فهي كذلك أهمية ثانوية، كذلك الشأن بالنسبة للفقه، أما القضاء فهو يلعب الدور الرئيسي ويحتل مكان الصدارة بين جملة هذه المصادر، ليس فقط في تفسير القانون الإداري واستنباط أحكامه من مصادرها المختلفة، بل كذلك في صياغة النظرية العامة للقانون الإداري وفي صنع أغلب قواعده أحكامه.

ومع التسليم بأن للقضاء دوراً إنشائياً للقانون الإداري إلا أنه يجب ضرورة تحديد ذلك الدور على جملة الملاحظات الآتية :

1. إننا إذ نوقن بأن القانون في كل مظاهره ليس إلا ظواهر اجتماعية تنشأ تلقائياً من واقع حياة الناس، نرى كذلك القانون الإداري يتكون تلقائياً من واقع طبيعة الوظيفة الإدارية، ومقتضيات العمل الإداري وما يرتبط به مصالح عامة، يجب أن يتحقق التوازن بينها وبين المصالح الخاصة – والقانون الإداري هو نقطة هذا التوازن – ومن ثم فهو ينشأ من العمل الإداري خارج ساحة المحكمة وقبل نطق القاضي الإداري بالحكم في النزاع .
2. وتأسيساً على ذلك وحيث تنعدم النصوص تكون مهمة القاضي– وله في ذلك تقدير كبير – أن يكشف عن هذه القواعد التي تكونت قبل تدخله، فهو الذي يحددها ويمنحها شيئاً من قوة الإلزام، وعلى القاضي حينما يفعل ذلك ألا ينساق وراء تقديراته الشخصية للعدالة أو للصالح العام، ولكنه يعتمد على تصورات موضوعية لكل من الفكرتين، ومن ثم فهو لا يخلق قاعدة استقلالاً، لأنه يعيش في ظروف النزاع مستشفاً حقيقة المصالح المتصارعة فيه، ومنطق الصالح الاجتماعي وفقاً لحكم الساعة التي يقضي فيها ومن خلال المبادئ الرئيسية للنظام السياسي الذي يحتويه .

مهما يكن أمر التقدير في مدىاعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقانون الإداري، فالذي لا يشك فيه أن القواعد المستقرة في الأحكام إنها لا تتمتع بالحجية الشرعية العامة، التي هي من خصائص التشريع، ولا تستمد قوتها الملزمة باعتبارها عرفاً قضائياً مستقراً ، إلا من واقع استمرار تطبيقها فعلاً، وليس ما يمنع المحاكم العليا أن تخرج عن استقرارها، لتميز القانون الإداري بمرونته وقابليته للتطور والحركة .

الفصل الثاني
نظام القضاء الموحد وارتباطه بالفقه الإنجليزي

تستأثر المحاكم العادية على اختلاف درجاتها في نظام القضاء الموحد بنظر كافة المنازعات المدنية والإدارية التي تثور بين الأفراد بعضهم بعضاً , وبين الإدارة والأفراد وذلك وفق لقواعد قانونية واحدة .

ارتبط نظام القضاء الموحد بإنجلترا وأخذت عنها عدد من الدول كالولايات المتحدة الأمريكية واستراليا و الهند والسودان والعراق وليبيا .

ويقتضي البحث دراسة ارتباط القضاء الموحد بالفقه الإنجليزي وتقدير هذا النظام بإبراز مزاياه وعيوبه في مبحثين :

المبحث الأول : ارتباط نظام القضاء الموحد بالفقه الإنجليزي .

المبحث الثاني : تقدير نظام القضاء الموحد .



المبحث الأول
ارتباط نظام القضاء الموحد بالفقه الإنجليزي

القانون الإنجليزي ظل بعيداً عن تجربة التجديد بواسطة القانون الروماني ولم تؤثر فيه حركة التقنين بل تطور تطوراً ذاتياً ولم يتأثر إلا قليلاً باتصاله بالقارة الأوروبية [1].

وتمسك النظام القانوني الإنجليزي بالفلسفه الفردية التي تقدس الحريات والحقوق الفردية وعدم تدخل الدولة في نشاط الأفراد , والمساواة بين الحكام والمحكومين وخضوع الجميع لقانون واحد ولقضاء واحد , فكان ذلك أساس الأخذ بنظام القضاء الموحد [2].

واسند الفقه الانجليزي اساس قيام نظام القضاء الموحد، الى اساس نظري واساس عملي [3].

فالأساس النظري يرتكز علي تفسير مبدأ الفصل بين السلطات الذي أعتنقه الفقه الإنجليزي , والذي تستقل كل من السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية في ممارسة اختصاصها المنصوص عليه في الدستور دونما تدخل سلطة في إختصاص سلطة أخري , وهذا التفسير يختلف عن تفسير رجال الثورة الفرنسية لمبدأ الفصل بين السلطات .

أما الأساس العملي فيجئ تأسيساً علي رفض الفقه الإنجليزي " دايسي Dicey " فكرة قيام هيئة مستقلة تطبق القانون الإداري ووجود محاكم خاصة تنظر في منازعات المواطنين والأفراد مع جهة الإدارة .

وتستند فلسفة الفقيه " دايسي Dicey " في إنكار وجود قانون إداري وبالتالي قضاء إداري في إنجلترا إلي الآتي [4]:

---

(1) د. محمد عبد الخالق – مذكرات في القانون التجاري – طبعة 1972م – ص 1 .

(2) د. العطا بن عوف العطا – الرقابة القضائية – ص 199 .

(3) المرجع السابق – ص 196 .

(4) Dicey : Law of constitution- 10 the edition 1937-p239 .

1/ انعدام السلطة التقديرية لجهة الإدارة , وإن عمال الحكومة شأنهم شأن الأفراد العاديين تخضع تصرفاتهم الرسمية أو الخاصة للقواعد النظامية المطبقة في المحاكم.

2/ خضوع الجميع للقانون الذي تطبقه المحاكم .

3/ إن مبادئ الدستور الإنجليزي تتضمن حقوق الأفراد وحرياتهم , وتلك الحقوق تستمد وجودها وحمايتها عن طريق وضعها موضع التنفيذ بواسطة المحاكم القضائية .

وموقف " دايسي " من القانون الإداري يستند على المحور الأول من المحاور الثلاثة المتقدمة، ذلك لأنه يرى أن سيادة القانون تعني فيما تعنيه استبعاد كل امتياز لرجال السلطة العامة، واستبعاد وجود القضاء الخاص الذي يقضي في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها (1).

ويذهب "دايسي" إلى أن القواعد الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري في فرنسا تعد قواعد غريبة تماماً عن الفهم القانوني الإنجليزي ومن أهم هذه القواعد الأساسية في بناء القانون الإداري الفرنسي قاعدتين أساسيتين هما (2):

أولاً : أن الحكومة والموظفين العموميين يتمتعون بمركز قانوني خاص وامتيازات وحماية قانونية خاصة ليست لها وجود بالنسبة للمواطن العادي .

ثانياً : أن تفسير مبدأ الفصل بين السلطات في فرنسا انتهى إلى ضرورة أن تكون السلطة التنفيذية بمنأى عن الخضوع للقضاء العادي لأن في ذلك الخضوع – حسب فهمهم – عدواناً على مبدأ الفصل بين السلطات، مما استلزم وجود قضاء إداري ليفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها .

لذا يقرر " دايسي " رفض وجود قانون إداري في انجلترا كما عرف في فرنسا وفي وجود القاعدتين سالفتي الذكر .

نلاحظ تطوراً في فكر " دايسي " فيما يتعلق بالقانون الإداري ومن مظاهر هذا

. Dicey : Law of constitution- Ibid – p 202 (1)

. Dicey : Law of constitution- Ibid – p 336-337 (2)

التطور اعترافه بالصفة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع الفرنسية، حيث كان يرى في السابق أن مجلس الدولة الفرنسي ليس له الصفة القضائية، وكان يرى أنه ما وجد إلا لحماية الإدارة ومحاباتها في مواجهة الأفراد وينكر أيضاً على محكمة التنازع الفرنسية صفة المحكمة [1].

أما بالنسبة للنظام الإنجليزي فقد أظهر تطوراً جذرياً عندما تسأل " دايسي " عن مدى كفاءة المحكمة العليا في تطبيق القانون العام ثم قال : " ليس من المؤكد دائماً أن محكمة القانون العادي هي في كل الحالات أفضل الأجهزة للقضاء في الجرائم أو الأخطاء التي يرتكبها الموظفون العموميين ومن المستحسن إيجاد جهاز مكون من رجال ذوي خبرة إدارية وقانونية في نفس الوقت على أن يكونوا مستقلين تماماً عن الحكومة وأن هذا الجهاز أكثر كفاءة في تطبيق قوانين الموظفين " .

"ويري دايسي أن سلطات الحكومة متزايدة ومنح بعض أجهزتها إختصاصات قضائية أو شبه قضائية، قد يؤدي إلي إيجاد ما يمكن أن يشبه القانون الإداري الفرنسي في النظام القانوني الإنجليزي إلا أنه يعود ويستدرك إنه رغم هذه المظاهر التي تُنبئ بميلاد ما يشبه القانون الإداري الفرنسي، إلا أن مبدأ سيادة القانون المقرر في انجلترا وولاية المحاكم العادية علي كل المنازعات القانونية أياً كان أطرافها لا يسمح بقيام ذلك "القانون الإداري" بالمعنى الفرنسي [2].

لقد واجه فكر "دايسي "نقداً شديداً من الفقهاء وغيرهم وارتكز هذا النقد حول محورين :

الأول : إنكار لوجود قانون إداري في إنجلترا.

الثاني : أن فهمه للقانون الإداري الفرنسي قام علي مقدمات خاطئه الأمر الذي أدي أن يصل أن يصل إلي نتائج خاطئة.

فيما يتعلق بالمحور الأول أن من إنتقد "دايسي" هو الأستاذ ربسون "Robson وهاجم آراؤه التي يكرر فيها إنكار وجود القانون الإداري في انجلترا وإنتهي ربسون إلي

---

(1) Dicey: Law of constitution- Ibid – p 373
(2) Dicey: Law of constitution- Ibid – p 373

إنه لم يعد أحد من دارسي القانون الآن يستطيع أن ينكر وجود القانون الإداري في انجلترا.

حيث أن القانون الإداري بالمفهوم الواسع يتعلق بالتنظيم الإداري بأجهزة الدولة وعلاقة هذه الأجهزة ببعضها ورسم نشاطها وعلاقتها بالأفراد، والقانون الإداري بهذا المفهوم الواسع لا يتصور أن يكون غير قائم في أي دولة حديثة، ويري "ربسون" أن "دايسي" قد أخذ بالمفهوم القني أو الضيق للقانون الإداري الذي يقتصر علي وجود قواعد خاصة ومحاكم خاصة غير المحاكم العادية [1].

أما الإنتقادات وجهت للمحور الثاني فيما يتعلق بفهم "دايسي" الخاطئ للقانون والقضاء الفرنسيين بالقول بأن القانون الإداري الفرنسي يقرر إمتيازات وحصانات لعمال الإدارة، وإن القضاء الإداري قام في فرنسا ليحمي الإدارة ويقف ضد حريات الأفراد، فيرد عليه جنجز Jennings" بالقول بأن مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر أنشأ ليحمي الإدارة إلا أنه اليوم يقوم بوظيفة مغايره تماماً ، فيقوم بحماية وحقوق وحريات الأفراد ضد عسف الإدارة من أعمالها غير المشروعة [2].

ويعيد "جنجز" علي "دايسي" تناسيه لإمتيازات التاج في انجلترا عندما قارن بين النظامين الإنجليزي والفرنسي تأسيساً علي ما تتمتع به الإدارة من إمتيازات في النظام الفرنسي، حيث أن عدم مسئولية موظفي تاج كان المبدأ السائد قبل 1947م [3].

تطبيق نظام القضاء الواحد في السودان :

يأخذ السودان بنظام القضاء الموحد كما هو الحال في بريطانيا، فيعهد بالفصل في كل المنازعات لجهة واحدة هي السلطة القضائية، ولا توجد محاكم مستقلة للفصل في المنازعات الإدارية، فيفصل فيها جنباً إلى جنب مع الدعاوي والمنازعات المدنية والشرعية والجنائية .

---

(1) .W. robson Adminstrativ Law pp31

(2) . london –jenni ngs the Law of constionstitutional 1964 pp234.

(3) راجع في ذلك، د. ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 76. ود. العطا بن عوق، الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة، مرجع يابق، ص200.

إلا أن السودان قد اتبع نهجاً مخالف لنهج المحاكم الإنجليزية في تكييف القرار الإداري لغرض الاختصاص الابتدائي بنظر الدعوى، فالمحكمة العليا في إنجلترا لها الاختصاص بنظر الطعون الإدارية بصفة ابتدائية. والقرار الإداري في إنجلترا هو القرار الصادر لممارسة السلطة الإدارية وإصدار تشريعات فرعية، يرجع ذلك لأن الدستور البريطاني لم يكن مكتوباً يمكن الطعن على أساسه بدعوى عدم دستورية قانون من القوانين، فكل ما يصدره البرلمان : فهو قانون لا سبيل للطعن فيه، وإنما يجوز للبرلمان وحده إلغاؤه أو تعديله، أما في السودان فإن الأمر يختلف، فالمحكمة المختصة لم تكن المحكمة العليا فقط، على ما هو الوضع في قانون القضاء الإداري لسنة 2005م، فالمحكمة العليا تختص بالنظر في الطعون ضد القرارات الإدارية الصادرة من رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء الاتحادي أو حكومة أي ولاية أو وزير اتحادي أو ولائي وتختص محكمة الاستئناف بالنظر في القرارات الإدارية الصادرة من أي سلطة عامة أخرى. أما الطعن في دستورية القوانين فينظر أما المحكمة الدستورية[1]. إلا أنه ومع تعدد أوجه نشاط الدولة، والتي أصبحت تتولى الكثير من الأمور التي لم تكن تتولاها في السابق، كان على الدولة أن تنشئ الأجهزة الإدارية التي تقوم بهذا النشاط، ولزم إصدار القوانين لتنظيمها، لذا كانت هناك أمور ذات طبيعة فنية تقتضي إلماماً عاماً بأمور ليست في متناول المحكمة العادية، لذلك برزت لجان خاصة كما هو الحال في النظام القضائي الإنجليزي لكي تؤدي دوراً أشبه بدور المحكمة في الفصل في هذه المنازعات، ومن أمثلة ذلك لجان منازعات الأراضي ولجان ديوان العدالة للعاملين بالخدمة العامة[2] .

(1) راجع في ذلك : مولانا محمد محمود نائب رئيس القضاء في السودان – مبادئ القانون الإداي السوداني – دار جامعة أمدرمان للطباعة والنشر – ط1991م – ص30.

(2) أنظر لمرجع السابق – ص31.

المبحث الثاني
تقدير نظام القضاء الموحد

أولاً : مزايا نظام القضاء الموحد :

1/ يرى أنصار هذا النظام أن وجود جهة قضائية واحدة في الدولة تختص بنظر جميع المنازعات على اختلاف أنواعها يعد من دعائم مبدأ سيادة القانون وتأكيداً لمبدأ المشروعية.

2/ يتسم هذا النظام بالبساطة حيث لا يجد الأفراد إلا جهة قضاء واحدة تحكم منازعاتهم، وهذا يمنع تنازع الاختصاص بين جهات القضاء .

3/ يرى أنصار هذا النظام أن قيام أي جهة للفصل في المنازعات غير القضاء يعد خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، استناداً لعنصر التخصص الوظيفي المنصوص عليه في الدستور الذي تختص به السلطة القضائية وحدها .

ثانياً : عيوب نظام القضاء الموحد [1]:

1/ إن الادعاء بأن نظام القضاء الموحد يؤدي إلى تحقيق مبدأ سيادة القانون ادعاء غير صحيح حيث أن مبدأ سيادة القانون يعني خضوع الإدارة والأفراد على السواء للقانون ولرقابة القضاء بصرف النظر عما إذا كان القانون واحداً أو متعدداً ، والقضاء واحد أو متعدد .

2/ يتجاهل نظام القضاء الموحد طبيعة المنازعات الإدارية وما تتميز به عن غيرها، إذ أن الإدارة كطرف في نزاع تعمل على تحقيق الصالح العام عن طريق أداء وظائفها طبقاً للقواعد العامة التي تناسبها، أما الطرف الآخر فيسعى إلى تحقيق صالحه الخاص في ظل أحكام القانون .

3/ يعاب على نظام القضاء الموحد أنه يؤدي إلى إحداث خلط بين العمل الإداري والعمل القضائي، وذلك في حالة منح القضاء اختصاصات إدارية أو منح بعض اللجان الإدارية اختصاصات شبه قضائية او قضائية، وهذا فيه إهدار لمبدأ الفصل

---

(1) راجع ذلك : 1/ كامل ليلى – الرقابة على اعمال الادارة – مرجع سابق – ص 201. 2/ د. عبد الحميد كمال حشيش – مبادئ القضاء الاداري – مرجع سابق – ص 372 .


المكتبة القانونية
محاضرات-بحوث-مذكرات-قوانين-كتب قانونية
WWW.LAW-DZ.NET

بين السلطات .

الفصل الثالث
تطور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في السودان

نسبة لوقوع السودان تحت الانتداب البريطاني، ارتبط التنظيم القضائي في السودان بالنظام الأنجلو سكسوني بصفة عامة وإنجلترا بصفة خاصة، ونجده قد سار على نهج القضاء الإنجليزي فيما يتعلق بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة من حيث إصدار أوامره للإدارة بفعل شيء معين أو الامتناع عن عمل شيء يمنع القانون القيام به وهو ما يعرف بأوامر الامتثال mandamus ثم استمر هذا النظام حتى صدور قانون المرافعات المدنية لسنة 1972م الذي نظم الطعن في القرارات الإدارية، وبذلك قد أضيفت سلطة جديدة لسلطات القضاء وهو قضاء الإلغاء وهو [1] مبدأ معروف في الفقه القاري وإلى جانب أوامر الامتثال وهو مبدأ مقرر في الفقه الانجلو سكسوني .

ثم صدر قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م والذي قرر اتجاه الطعن في القرارات الإدارية كما سبق وأن قررها قانون المرافعات المدنية لسنة 1972م، ثم صدر قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م وأقر مبدأ الطعن في القرار الإداري. وثم صدر قانون القضاء الدستوري والإداري لسنة 1996م الذي قيد ما جاء في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م بخصوص الطعن في القرارات الإدارية وعدل في كثير من النصوص الواردة في القانون السابق، ثم صدر مؤخراً قانون القضاء الإداري لسنة 2005م والذي هو محل الدراسة والتحليل والنقد والمقارنة.

وفي هذا الفصل نتناول تطور رقابة القضاء على أعمال الإدارة في السودان قبل صدور قانون المرافعات المدنية لسنة 1974م وبعد صدوره ثم في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م وحتى صدور قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م وذلك في مبحثين كما يلي :

---

(1) د. العطا بن عوف العطا – الرقابة القضائية علي اعمال الادارة في السودان – ص 323 .

المبحث الأول : الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل القضاء المدني لسنة 1929م.

المبحث الثاني : الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في قانون المرافعات المدنية لسنة 1972م وحتى صدور قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م .

المبحث الأول
الرقابة على أعمال الإدارة في ظل قانون القضاء المدني لسنة 1929م

في ظل قانون القضاء المدني لسنة 1929م لم يكن القضاء يعترض للقرارات الإدارية ما لم ينص القانون على حقه في مراقبتها أو أن تكون قد أساءت استعمال سلطتها. وكانت المحكمة العليا هي المختصة بالفصل في الطعون المقدمة ضد القرارات الإدارية في الحالتين المذكورتين :

أولاً : اختصاص المحكمة العليا بناء على نص القانون :

ينعقد اختصاص المحكمة العليا بناًء على نص القانون. او بناءاً على القواعد العامة في القانون التي تجيز توجيه إعلان بالحضور أمام المحكمة للتظلم من قرار شبه قضائي قد أصدرته جهة الإدارة التي خول القانون لها سلطة الفصل في منازعة تتصل بحقوق الأفراد، ولخضوع هذا القرار لرقابة المحكمة العليا لابد أولاً لجهة الإدارة أن تراعي ثلاثة شروط[1] :

1/ يجب أن تدقق جهة الإدارة النظر في النزاع وتصل إلى نتائج منطقية في موضوع النزاع .

2/ يجب أن تحاول بأمانة أن تبت في الموضوع بما يتفق والغرض الذي منحت من أجله سلطة الفصل في النزاع .

3/يجب أن تكون أغراض الإدارة مستقيمة، وسلوكها منزهاً عن الهوى وبعيداً عن المؤثرات الخارجية. ويشبه اختصاص المحكمة العليا هنا ما اصطلح عليه في القضاء الإنجليزي بأوامر الامتثال، وهي أوامر قضائية مستعجلة تقتضي لمن وجهت إليه بالقيام بعمل شيء معين أو الامتناع عن فعل معين، ويصدر من محكمة كبرى إلى شخص عادي أو اعتباري او هيئة رسمية أو لأحد رجال الإدارة، وهو وسيلة من الوسائل تلجأ إليها المحاكم العادية لإعمال سلطتها في الرقابة على أعمال الإدارة،

---

(1) د. العطا بن عوف العطا – الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة في السودان – ص307 – نعيم عطية – النظام القضائي في السودان "مقال"منشور بمجلة المحاماة – العدد التاسع 5 ستنبر 1970ص 105 .

حيث تلجأ إليها المحاكم إعمالاً لسلطتها التقديرية وليس كحق لذوي الشأن[1] .

ولقد أجاز القانون للمحكمة العليا أن تنظر في الطعون الإدارية الآتية[2] :

أ/ حالة القرار الذي يصدره وزير المالية بشأن الضرائب على الأرباح التجارية والرخص, وفقاً لقانون الضرائب على الأرباح التجارية والرخص لسنة 1930م .

ب/ من رفض قيد اسمه في كشوفات الانتخابات أجاز قانون الحكومات المحلية لسنة 1951م أن يلجأ للمحكمة العليا .

ج/ أجاز قانون اعادة تخطيط المدن لسنة 1956م لن يتضرر من التعويض المقدر له عن عقاره أن يلجأ إلى المحكمة العليا .ويعتبر القضاء إن القرارات لمذكورة أنفاً قرارات قضائية رغم صدورها من جهات إدارية ورغم أن معظمها قرارات تنفيذية تدخل في معنى القرار الإداري بمعايير الشكلية الموضوعية [3] .

ثانياً : اختصاص المحكمة العليا في حالة تجاوز السلطة أو إساءة استعمالها:

هذا الشرط أشارت إليه سابقة قضية ايفا أنجليوس في معرض إرسائها لمبادئ في غاية الأهمية بصدد مدى خضوع القرارات الإدارية المخالفة للقانون للرقابة القضائية بواسطة المحاكم، والمبدأ الذي أرسته هذه السابقة أن السلطة الإدارية إذا تجاوزت حدودها فإنها تخضع لرقابة القضاء، وأيضاً لمنع إساءة استعمال السلطة[4].

وينعقد الاختصاص للمحكمة العليا لنظر القرارات الإدارية فيما يتعلق بتجاوز السلطة المخولة للجهات الإدارية وإساءة استعمالها، ويكون ذلك إذا أعطى رجل الإدارة تفسيراً خاطئاً لعبارات القانون أو أخذ في الاعتبار بعض أمور ما كان واجباً عليه أخذها في اعتباره أو تصرف على اعتبارات غير منتجة أو توصل إلى خلاف ما تقضي به قواعد

---

(1) د. يوسف ميخايل – الرقابة القضائية علي اعمال الادارة في السودان – رسالة دكتوراة – جامعة لندن 1972 ص 116 .

(2) حكم محكمة الاستئناف رقم 23 لسنة 1958 م في قضية امانجليدس – ضد – المجلس البلدي للخرطوم في تاريخ 1958/2/28 م.

(3) د. العطا بن عوف العطا – الرقابة القضائية غلي اعمال الادارية في السودان – ص 308 .

(4) حكم محكمة الاستئناف رقم 23 لسنة 1958 المشار اليها انفاً , وتعليق د. العطا بن عوف العطا – الرقابة القضائية علي اعمال الادارة في السودان – ص 309 .



العدل الطبيعي وبسوء نية [5].

المبحث الثاني
الرقابة على أعمال الإدارة في قانون المرافعات المدنية لسنة 1972م وحتى صدور قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م

نقل قانون المرافعات المدنية لسنة 1972م اختصاص الطعن في القرار الإداري لمحكمة الاستئناف .. ومن بعد ذلك صدر قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م الذي نظم الطعن في القرارات الإدارية وعقد الاختصاص بنظرها ابتداء لمحكمة المديرية.

إلا أن ذلك القانون قد عدل في 1977م بموجب ذلك التعديل نقل الاختصاص بنظر الطعن ي القرار الإداري إلى محكمة الاستئناف بدلاً عن محكمة المديرية وابقي عن النظر في طلبات التعويض عن القرارت الإدارية من اختصاص محكمة المديرية .

وهدف المشرع في نقل الاختصاص بنظر الطعن في القرارات الإدارية إلى محكمة الاستئناف أن يجعل من الطعن في القرارات الإدارية استئنافاً لقرار الإدارة وليس كمحكمة أول درجة، ويخضع الطعن لنفس الإجراءات والمواعيد التي تخضع لها الدعاوي المدنية في مرحلة الاستئناف والنقض ولم يفرد لها دوائر معينة.

وصدر قانون الإجراءات المدنية سنة 1983م والذي حدد ميعاد لرفع الطعن بستين يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانه كما اشترط أن يكون للطاعن مصلحة شخصية وأن يستنفد كافة طرق التظلم المتاحةله قانوناً . كما أجاز للمحكمة إيقاف القرار المطعون فيه بناء على طلب ذوي الشأن إذا كانت نتائج التنفيذ يتعذر تداركها.

ثم صدر قانون القضاء الدستوري الإداري لسنة 1996م بمثابة قانون خاص يقيد عموم المبادئ الواردة في قانون الإجراءات لسنة 1983م فيما يتعلق بالدعويين

---

(5) اللورد دينج – ترشيد الفكرة القانوني في التعسف في استعمال السلطة الادارية – ترجمة هنرى الرياض – دار الجبل بيروت 1980 ص 72 .



الدستورية والإدارية ويعد ذلك القانون بمثابة تطور تشريعي لتنظيم مثل هذه الطعون.

الباب الثالث

الطعن في القرارات الإدارية وفق قانون القضاء الإداري لسنة 2005م

تمهيد وتقسيم :

نتناول في هذا الفصل دعوى الطعن في القرار الإداري وفق أحكام قانون القضاء الإداري لسنة 2005م .

ويقتضي تقسيم هذا الباب لعدة فصول نتناول فيها طبيعة القرار الإداري المطعون فيه في الفصل الأول, ثم نبحث في شروط قبول الطعن في القرار الإداري في الفصل الثاني, ثم أسباب الطعن في القرار الإداري في الفصل الثالث, ويأتي الفصل الرابع في بيان أسباب الطعن في القرار الإداري، ثم نستعرض إجراءات سير المنازعة في الفصل الخامس، ونختتم الدراسة ببيان أحكام الفصل في المنازعة الإدارية وآثار أحكامها في الفصل السادس.

الفصل الأول
الطبيعة القانونية للقرار الإداري
(لأغراض دعوى الطعن في القرار الإداري)

لقد وضع القانون السوداني تعريفاً للقرار الإداري لأغراض دعوى الطعن في القرار الإداري في المادة (3) من قانون القضاء الإداري لسنة 2005 في التفسير الذي تصدر القانون.

(إن القرار الإداري يقصد به القرار الذي تصدره جهة إدارية بوصفها سلطة عامة بقصد إحداث أثر قانوني معين يتعلق بحق أو واجب شخص او أشخاص. ويشمل رفض السلطة الإدارية وامتناعها عن اتخاذ قرار كانت ملزمة قانوناً باتخاذه).

وباستقراء هذا النص يمكن أن نستخرج خصائص مميزة للقرار الإداري.

أولاً : صدور القرار من جهة إدارية:

الجهة الإدارية الواردة في التعريف السالف يقصد بها الشخصية الاعتبارية العامة المخول لها قانوناً مباشرة الوظيفة الإدارية، ويراد بالأشخاص الاعتبارية بحسب تعريف المادة (33) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1984م (الدولة والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون سلطة إصدار القرارات لتسيير أعمالها). ويدخل في ذلك الجمعيات والاتحادات والهيئات التي تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى القانون. ويدخل في ذلك أيضاً المجالس المتخصصة والمجالس المهنية والفنية.

ثانياً: صدور القرار من جهة ذات سلطة عامة:

من المؤكد أن كل جهة إدارية لها اختصاص إصدار القرارات الإدارية تعتبر سلطة عامة، وهذه السلطة العامة قد تكون لجهة حكومية أو شبه حكومية أو أي هيئة مستقلة يخولها القانون سلطة الفصل في النزاع.

ولقد أشار مولانا يوسف عثمان بشير تولاه الله برحمته لأربعة أنواع من



القرارات التي تصدرها جهة الإدارة بوصفها سلطة عامة[1].

1- القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية من تلقاء نفسها تطبيقاً للقانون لإنجاز واجباتها الملقاة على عاتقها.

2- قرارات تصدرها الجهة الإدارية بناء على طلب الأشخاص تنفيذاً للقوانين كطلب ترخيص ما أو تسجيل شركة أو غيرها. ويصنف هذين النوعين من القرارات بأنهما قرارات فردية من حيث مداها بحيث أنها تصدر بصدد فرد معين بالذات أو أفراد معينين بذواتهم وتستنفذ موضوعها أو مضمونها بمجرد تطبيقها.

3- قرارات تصدرها الجهة باعتبارها جهة فصل بين خصمين في نزاع عرض أمامها الفصل أو التسوية وتتبع في هذا الفصل إجراءات ذات طبيعة قضائية.

لقددار جدلاً قانونياً وقضائياً في النظام الانجليزي حول تصنيف القرار الإداري بشقيه الإداري أم القضائي، فكانت المحكمة العليا في بريطانيا لا تنظر في الطعن في القرار الإداري قضائياً إلا إذا صدر من جهة إدارية ويحمل القرار صفة القضائية.

ولقد اتبعت المحاكم السودانية ذات النهج الذي اتبعته المحاكم الإنجليزية ويظهر ذلك في سابقة أيفا أنجلوس/ضد/سلطة مباني بلدية الخرطوم 1957، والمعيار في القول بأن القرار قضائياً ليس بوجود خصومة أو سماع بينات على اليمين إنما هو الالزام بتطبيق الفكر القضائي أي أن يصدر القرار بطريقة قضائية بناء على الوقائع التي أمامها دون التأثر بعوامل خارجية.

إلا أن نظرة المحاكم الإنجليزية أخذت في التحول ولم يعد لتصنيف القرار الإداري أهمية تذكر.

ولقد تحولت هذه النظرة أيضاً في قضاء المحكمة العليا السودانية ويظهر ذلك في سابقة الهيئة المركزية للمياه والكهرباء/ضد/محمد حامد أحمد (المجلة 1975).

---

[1] يوسف عثمان بشير، القرار الإداري، الطبعة الأولى، بدون ناشر، ص31.



ولقد خلصت المحكمة إلى أن أي قرار يؤثر على مصالح الشخص أو حقوقه يخضع لمراجعة المحكمة دون البحث فيما إذا كانت الجهة التي أصدرته كانت سلطاتها إدارية أو قضائية أو شبه قضائية.

4-إصدار قواعد موضوعية عامة تطبق على جميع الأفراد أو فئة من الناس دون تحديد لأشخاصهم وهي اللوائح والقواعد والأوامر:

ولقد اصطلح على هذا النوع من القرارات بالقرارات التنظيمية او اللائحية وهي القرارات التي تحتوي على قواعد عامة ومجردة وملزمة تنطبق على عدد غير محدد من الحالات أو الأفراد متى ما توافرت فيهم شروط معينة وحتى ولو تم تطبيقه على حالة واحدة المهم أن يكون محل تطبيق تلك القرارات حالات غير محددة. فإذا كان طابع القرار الفردي الخصوصية فإن طابع القرار التنظيمي العمومية والتجريد وهي خاصية التشريع الصادر من السلطة التشريعية.

لقد انتهى قضاء المحكمة العليا في سابقة محلية الحصاحيصا/ضد/شركة ودمدني للصناعات الحديثة إلى أن الأمر بموجب قانون يعتبر قانوناً وفقاً للتعريف الوارد في المادة (4) من قانون تفسير القوانين لسنة 1974وليس قراراً إدارياً وبالتالي لا تختص المحاكم الإدارية بنظر الطعن فيه محل الطعن ينعقد لقضاء المحكمة الدستورية[1].

وتستبعد عن دائرة الطعن القضائي الأعمال عن السلطتين التشريعية والقضائية ولو اتخذت شكل القرارات متخذين في هذا الشأن المعيار الشكلي أو العضوي أساساً وبمقتضاه تتحد طبيعة العمل بحسب الجهة التي تصدره بغض النظر عن موضوعه، فإجازة الميزانية يعد عملاً تشريعياً بالرغم من أنه عملاً، إدارياً من الناحية الموضوعية.

لقد ثار جدلاً قانونياً في اتجاهات القضاء العالي في السودان ردحاً من الزمن حول القرارات الصادرة من جهات تحمل أكثر من صفة مثل النيابة العامة (وزارة

---

[1] المجلة القضائية(2004)، ص515

العدل).

بدأ هذا الجدل في مدى خضوع قرار النائب العام –في سير الدعوى الجنائية– للرقابة القضائية حينما نظرت المحكمة العليا في قضية حكومة السودان/ضد/زهراء آدم عمر[1]، حيث جاء في حكمها أن على النائب العام ان يلتزم بشروط الشكلية التي وضعها القانون كإصداره بعد نهاية التحريات وأن يصدر بالصيغة التي يتطلبها القانون علاوة على أن يكون مسبباً ، ويلاحظ أن السبب الرئيسي الذي أرسته هذه السابقة القضائية عدم خروج قرار النائب العام في الدعوى الجنائية عن دائرة الطعن فيه أمام القضاء.

إلاّ أن قضاء المحكمة العليا قد رجع ظاهرياً للقول بأن قرار النائب العام لا يخضع لرقابة القضاء، باعتبار أن له لسطة مطلقة يمارسها من الناحية الإدارية دون أن يخضع للرقابة القضائية، ويظهر ذلك في معرض نظره في قضية حكومة السودان/ضد/أحمد اسماعيل يوسف[2]، ولكن بإمعان النظر في حيثيات وأسباب الحكم الوارد في هذه القضية أن المحكمة العليا قد آثرت عدم التدخل بعد أن فحصت قرار النائب العام وتأكدت من عدم مخالفته للشروط الشكلية المبينة في قانون الإجراءات الجنائية، ووصلت لنتيجة مغايرة تماماً لما توصلت إليه سابقة زهراء آدم عمر ، حيث وجدت أن قرار النائب العام مطابقاً للقانون مما يعني بداهة أنها سوف تتدخل في حالة مخالفة الشكل.

وقد استقر هذا الإتجاه في قضية محمد أحمد على/ضد/النائب العام[3] حيث قررت المحكمة بقبول الطعن ضد قرار النائب العام بحفظ الدعوى الجنائية.

لقد تأكد هذا المبدأ القانوني (مبدأ خضوع قرار النائب العام للمراجعة القضائية) في قضية المحكمة العليا عن نظرها لطلب تفسير المادة (58) من قانون الإجراءات

---

(1) المجلة القضائية 1965.

(2) المجلة القضائية 1981.

(3) المجلة القضائية 1987.

الجنائية لسنة 1991 الذي قدمه النائب العام[4]. ورأت المحكمة في تفسير تلك المادة أن قرار النائب العام يخضع للرقابة القضائية كالقرار الإداري إذا صدر معيباً بأحد العيوب التي تلحق القرار الإداري، وضمن ذلك التفسير أورد مولانا زكي عبدالرحمن أحد قضاة الدائرة رأياً مخالفاً للرأي الذي ترجع مفاده أن قرار النائب العام إعمالاً لسلطته بموجب قانون الإجراءات الجنائية لا يعد قراراً إدارياً محضاً يحكمه ما يحكم القرارات الإدارية بغرض مناهضتها قضائياً، نظراً لطبيعته الخاصة بحيث أنه ينطوي على تدخل من ممثل السلطة التنفيذية في اختصاصات السلطة القضائية ويرى أن شرط تسبيب قرار النائب العام يوقف الدعوى الجنائية ليس شرطاً شكلياً ويمكن للمحكمة الجنائية ذاتها مراجعته فإذا وجدته معيباً فعليها أن تستمر في إجراءات المحاكمة إلى ان يقدم النائب العام قراراً مسبباً تسبيباً صحيحاً يوقف الدعوى وانقضائها.

استقر في قضاء المحكمة العليا الحديث وفي ظل قانون القضاء الإداري لسنة 2005 على عدم التمييز بين أنواع القرارات الإدارية والتوسع في تفسير نص المادة (3) من القانون سالف الذكر لكونه نصاً قطعياً، وجاء ذلك في حيثيات قضية شركة الصناعات الحديثة المحدودة/ضد/وزير العدل وآخرين[1]، ان تخضع قرارات وزير العدل الصادرة وفقاً سلطاته واختصاصاته بموجب قانون الإجراءات الجنائية وقانون تنظيم وزارة العدل لرقابة المحكمة الإدارية.

ويتضح من خلال هذا الاستعراض لاتجاهات القضاء العالي في السودان حول قرار النائب العام أو وزير العدل في الدعوى الجنائية بوقفها وانقضائها إلا أن ثمة خلافات فقهية وقضائية إزاء عدم حسم طبيعة القرار هل هو قرار قضائي أم قرار إداري.

وأراني أميل لتأييد الرأي الذي أبداه القاضي العالم زكي عبدالرحمن في معرض

---

[4] المجلة القضائية لسنة 1994.

[1] (المجلة القضائية 2007، ص303)



تفسيره للمادة (1/58) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة 1991 مضيفاً مسببات أخرى مفادها إن سلطات النيابة العامة (وزارة العدل) وإن كانت إحدى شعاب السلطة التنفيذية إلاّ أن قانون الإجراءات الجنائية قد خصها بتحريك الدعوى الجنائية التي تعد من صميم الأعمال القضائية لاتصالها بإجراءات التحقيق والإتهام ومن ثم فإن القرار الصادر بشأنها لا يعد قراراً إدارياً تختص بنظره محكمة الطعون الإدارية وفقاً لقانون القضاء الإداري لسنة 2005، أما إذا باشرت النيابة العامة (وزارة العدل) أعمالاً تخرج عن نطاق هذه الأعمال القضائية فإنها تخضع لسلطان تلك المحكمة متى ما توافرت لتلك الأعمال مقومات القرار الإداري بمعناه الإصطلاحي المقرر قانوناً .

ولا مجال للإحتجاج لعمومية المادة (3)، (6) من قانون القضاء الإداري لسنة 2005م.

ثالثاً: أن يحدث القرار أثراً قانونياً

يدخل القرار الإداري ضمن الأعمال القانونية، والعمل القانوني هو عبارة عن تعبير عن الإرادة بقصد ترتيب أثر قانوني معين، وهذا الأثر يتمثل في حالة القرار الإداري في إنشاء مركز قانوني عام أو شخصي أو تعديله أو إلغائه ومتى كان هذا الأثر ممكناً وجائزاً قانوناً .

وبناء على ما تقدم يخرج من دائرة الطعن في القرار الإداري الأوامر والتعليمات المصلحية التي تصدر من الإدارة لمجرد تطبيق القانون، وكذلك الأعمال التي تستهدف إثبات حالة معينة، والآراء الاستشارية والمقترحات باعتبارها مجرد إجراءات تمهيدية.

لقد أفصح اتجاه المحكمة العليا في السودان عن شرط إحداث الأثر القانوني للقرار بقولها (العمل القانوني الذي يتضمن تنظيماً لسلوك الأفراد في المجتمع ويصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة ويحدث آثاراً قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائماًيعتبر قراراً إدارياً .

وهذه الجهة الإدارية الواردة في التعريف السالف يقصد بها الجهة ذات



الشخصية الاعتبارية العامة المخول لها قانوناً مباشرة الوظيفة الإدارية , ويراد بالأشخاص الاعتبارية بحسب تعريف المادة " 23 " من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م الدولة والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون سلطة إصدار القرارات لتسير أعمالها [1].

---

(1) راجع المادة "23" من قانون المعاملات المدنية لسنة 1994م .



القرار الإداري السلبي أو الإفتراضي:

تضمن عجز المادة (3) من قانون القضاء الإداري تعريفاً للقرار الإداري السلبي أو الافتراضي بقولها (... ويشمل رفض السلطة الإدارية وإمتناعها عن اتخاذ قرار كانت ملزمة قانوناً باتخاذه)[1].

استقر في الفقه أن القرار الإداري يعد من التصرفات العمدية سواء كان القرار تعبيراً إيجابياً (صراحة أو ضمناً) عن إرادة الإدارة الملزمة بعمل شئ أو الإمتناع عن عمله، أو كان تعبيراً سلبياً في صورة رفض الإدارة وإمتناعها عن اتخاذ قرار كانت ملزمة قانوناً باتخاذه، ومن أمثلة القرار الإداري السلبي رفض طلب الإنضمام للنقابة، ورفض تصحيح اسم في شهادة جامعية أو الإمتناع عن تنفيذ حكم قضائي. ولقد ألمحت المحكمة العليا في قضائها للقرار الإداري السلبي حيث قررت (إمتناع السلطة الإدارية عن الوفاء بالتزاماتها القانونية وحرمان مستخدميها استحقاقاتهم القانونية يدخل في معنى القرار الإداري ويطعن فيه أمام المحكمة الإدارية)[2].

إن مناط وجود القرار السلبي كما جاء بعجز المادة الثالثة من قانون القضاء الإداري لسنة 2005 مرهون بتوافر شرطين:

(الأول): وجود التزام قانوني على الإدارة بإصدار قرار إداري معين بلا أدنى تقدير (سلطة تقديرية لها، وبالرغم من ذلك تصم جهة أذنيها عن نداء القانون وتلتزم السلبية، فالقرار السلبي مقصوراً على حالة الاختصاص المقيدة للإدارة، ولا يجوز قيام قرارات سلبية في مجال السلطة التقديرية فالملاءمات تنفي فكرة القرار السلبي، إلا أنّ القرار قد يكون غير مشروع بالرغم من عدم التزام الإدارة بإصداره مثل تعيبه بعيب الغاية (إساءة استعمال السلطة التقديرية)، فكون هذا الإمتناع يستند إلى أساس قانوني أو لا يستند، فهذا بحث موضوعي في مشروعية القرار، فإن صح أن الإمتناع له ما يبرره قانوناً قضى برفض الدعوى.

---

1 – ورد هذا المبدأ في قانون المرافعات المدنية لسنة 1972 في المادة (422) منه ثم غاب في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974 وقانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م.

2 –سابقة العوض إبراهيم عوض الكريم وآخرون/ضد/الهيئة العامة للطيران، المجلة القضائية، 1998، ص149.



(الثاني): امتناع الإدارة عن اصدار القرار

إذا ثبت إمتناع الإدارة عن مباشرة هذا الاختصاص المقيد، فإن هذا الإمتناع يعتبر نوعاً من أنواع التعبير عن الإرادة وإظهاراً لعناد الإدارة وعدم انصياعها للنص القانوني الملزم، فالإمتناع هنا يدل على تمرد الإدارة عن النصوص الواجبة التنفيذ.

القرارات الصادرة عن الهيئات الرياضية:

واستثناء من الأصل العام فإن هنالك قرارات صادرة من جهات إدارية بما لها من سلطة بمقتضي القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني إلا أن المحاكم في السودان تمتنع عن النظر فيها , مثال ذلك القرارات التي تصدرها اللجان الرياضية, حيث قررت المحكمة العليا في السابق(الاتحاد العام لكرة القدم – ضد – نادي الزهرة الرياضي) [1] أن قرار اللجان الرياضية من المسائل غير الصالحة للفصل فيها , ورأت المحكمة العليا عند إطلاعها علي نص المادة " 6 " من قانون الرياضة الجماهيرية لسنة 1975م والتي تقرأ كما يلي : (الرياضة نشاط طوعي يحظر فيه الاحتراف أو تقاضي أي مقابل مادي) كما نصت المادة " 246 " من القواعد العامة لكرة القدم والتي تقرأ (لا يجوز للاتحاد العام أو أي اتحاد محلي أو اتحاد منطقة أو أي مجلس أو لجنة , أو هيئة تتبع له أو نادي أو فريق أو لاعب فيه أن يتقاضى في المحاكم ضد أي من الهيئات المذكورة فيما يتعلق بأي قرار تتخذه أي من الهيئات المذكورة ولا يشمل ذلك القضايا الجنائية أو التي تتعلق بالموظفين أو العلاقات التجارية) .

ويتضح مما تقدم أن المشرع لم يقصد خلق أجهزة تتنازع أمام القضاء إنما خلق أجهزة لعمل تطوعي فأنشأت لها أجهزة مهيأة للفصل في هذه المنازعات .

لذا قررت المحكمة العليا رفض الطعن في مثل هذه القرارات لأن طول أمد النزاع أمام المحاكم يؤثر في سير المنافسات , مما جعل المحكمة تنادى بأن تحل

---

(1) طعن م ع / 79 / 1980م , الاتحاد العام لكرة القدم وآخر – ضد – نادي الزهرة الرياضي – اشهر القضايا الادارية والدستورية في السودان – هنري رياض وآخر دار الجيل ببيروت 1988م , ص37.



المنازعات داخل الأسرة الرياضية[2] .

ومؤخراً اتجه القضاء في انجلترا في 1992م [1] إلي تقرير عدم خضوع القرارات الصادرة عن الاتحاد العام لكرة القدم للمراجعة القضائية , ويرى القضاء أن دخول المحاكم في هذا النوع من النشاط يؤدى إلي تبديد الجهد القضائي ويؤدى ألي البطء في أدائها , وهذا ما يدل علي أن القضاء السوداني كان أسبق في تقرير عدم تدخل القضاء في القرارات الصادرة عن الجان الرياضية.

القرارات الإدارية المنشئة والكاشفة:

القرارات الإدارية المنشئة أو التنفيذية هي تلك التي يترتب عليها إنشاء مركز قانوني جديد، سواء كان عاماً أو خاصاً أو إحداث تغيير في المراكز القانونية القائمة سواء بالتعديل أو الإلغاء، ووصف الدكتور الطماوي القرارات المنشئة بأنها هي تلك القرارات التي لا يترتب عليها إثارة جديدة في عالم القانون[2].

وتقع غالبية القرارات التي تصدرها الإدارة في دائرة هذا النوع من القرارات، ومن أمثلة تلك القرارات، قرار فصل موظف أو منح رخصة أو إمتياز، والقرارات التنظيمية التي تنشئ قواعد قانونية جديدة أو تعدل في القواعد القانونية القائمة[3].

أما القرارات الإدارية الكاشفة او المقررة فهي تلك القرارات التي لا تحدث جديداً في عالم القانون أي لا تحدث تغييراً في المراكز القانونية العامة أو الخاصة وينحصر دورها في الكشف والتأكيد لمركز قانوني قائم من قبل، ومن أمثلتها القرار الصادر بفصل موظف لسبق الحكم عليه في جريمة يترتب على إرتكابها فصله بقوة القانون، والقرار الصادر برفض تظلم على أساس مشروعية القرار المتظلم منه[4].

---

(2) راجع حيثيات القرار من الطعن المذكور في المرجع السابق .

[1] foot ball association ltd exp foot boll league ltd rv ,

راجع في ذلك المؤلف مولانا / محمد محمود ابو قصيصة – قاضي المحكمة العليا ونائب رئيس القضاء – الطبعة الثانية – مطبعة السلطة القضائية 2000م .

[2] –د.سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص446.

[3] –د.محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دار النهضة، القاهرة، 1993، ص171.

[4] – د.محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص172.

وتبرز التفرقة بين القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة من ناحيتين:[1]

(الأولى): من حيث مبدأ عدم رجعية القرار

مقصد القرارات الإدارية المنشئة ترتيب آثارها من تاريخ صدورها أي أن أثرها يمتد للمستقبل فحسب، بينما القرارات الكاشفة ترتب آثارها من تاريخ نشأة المركز القانوني الذي تقرر تكشف عنه وأثرها دائماً أثراً مباشراً وفورياً .

(الثاني): من حيث جواز سحب القرار وميعاد السحب

القرارات المنشئة ليست كلها مما يجوز سحبه، وما يجوز سحبه فيها تتقيد الإدارة في سحبه بميعاد معين هو ميعاد الطعن فيها بالإلغاء، بينما القرارات الكاشفة فيجوز سحبها بصفة مطلقة، ولا تتقيد الإدارة بصدد سحبها بميعاد معين للسحب.

توصلت محكمة القضاء الإداري في مصر وفي معرض إجراء التمييز بين القرارات المنشئة والكاشفة إلى أن القرارات المنشئة لمراكز قانونية هي التي تصدر بقصد إحداث أثر قانوني معين من شأنه إنشاء مركز قانوني بالنسبة إلى أحد الأفراد وبينما القرارات التنفيذية او الكاشفة دائماً مبنية على سلطة مقيدة حينما يصدر القرار كاشفاً لحق أحد الأفراد المستمر في القانون أما القرارات المنشئة فتبنى على السلطة التقديرية.[2]

ولقد انتقد[3] مسلك قضاء محكمة القضاء الإداري في مصر في التفرقة بين هذين النوعين من القرارات وأن هذه التفرقة مبنية على أساس غير سليم، ذلك لأن القرار الإداري يعتبر منشئاً لمركز قانوني في جميع صوره، ليس فقط في مجال السلطة التقديرية حيث يكون الدور المنشئ للقرار الإداري واضحاً، إنما يتحقق هذا الطابع الإنشائي أيضاً في مجال السلطة المقيدة، حيث يقتصر عمل الإدارة في هذا المجال تطبيق وإعمال أحكام القانون، إلا أن تدخلها هنا ذو أثر أبعد إذ أنها حين

---

[1] –المرجع السابق، ص172.

[2] –حكم (9) نوفمبر سنة 1953، أورده د.محمود حافظ، مرجع سابق، ص172.

[3] –د.محمود حافظ، مرجع سابق، ص172.

تصدر قرارها الفردي المبني على سلطة مقيدة تنقل أحكام القانون الذي تطبقه بطريقة آلية من صورة الأحكام العامة المجردة إلى صورة خاصة واقعية متعلقة بحالة معينة بالذات فدور الإنشاء ظاهر ومؤكد.

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر في معرض حكم لها تالٍ للحكم الذي بيناه (أن قرار مجلس الجامعة في شأن الآثار المالية المترتبة على القرار الإداري بإيفاد أستاذ لحضور مؤتمر دولي – يعتبر من القرارات التنفيذية التي لا ترتفع إلى مرتبة القرارات الإدارية التي لا تفصح عنها الجهة الإدارية بقصد إنشاء مراكز قانونية جديدة لمن صدرت في شأنهم).

الفرع الأول : استبعاد أعمال السلطة التشريعية والقضائية عن دائرة الطعن

الأعمال التشريعية هي الأعمال التي لها طبيعة عامة وترسي مراكز تنظيمية وتصدر عن السلطة التشريعية – وهي بحسب الأصل – القوانين الصادرة عن الهيئة التشريعية .

وإذا نظرنا إلي القوانين سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية المادية , لابد أن ينتهي هذا النظر إلي ثبوت الصفة التشريعية عليها , لأن الناحية الشكلية (أي الجهة التي أصدرت القانون) نجدها السلطة التشريعية , وهي السلطة التي يناط بها الدستور سلطة وضع التشريع وسنة .

ومن الناحية المادية أو الموضوعية فإن طبيعة العمل ذاته ومادته تشف عن الصفة الشارعة فيه لما تتضمنه من قواعد عامة ومجردة تنظم سلوكاً أو وضعاً معيناً علي نحو ترسي مراكز قانونية وليست شخصية [1] .

وتخرج هذه الأعمال من دائرة الطعن فيها أمام القضاء سواء أكانت قوانين أو أي أعمال أخري . إلا أن خروج هذه الطائفة من الأعمال التشريعية من دائرة الطعن فيها أمام القضاء لا ينفي خضوعها للرقابة الدستورية بواسطة المحكمة الدستورية.

ويري البعض بتغليب المعيار الموضوعي في التمييز بين الأعمال القانونية,

---

(1) د. وجدى ثابت – القضاء الاداري – دار النهضة العربية ط 1991م .

واعتبار أي عمل ينطوي عليقواعد عامة مجردة عملاً تشريعياً مادام يرسي مراكز قانونية تنظيمية بغض النظر عن الجهة التي أصدرته. وبهذا تخرج اللوائح عن دائرة الطعن فيها أمام القضاء وهذا ما ذهب إليه القانون السوداني[(2)].

ويجمع الفقه والقضاء في وفرنسا على اعتبار اللوائح أعمالاً إدارية بالمعني الدقيق وبالتالي تخضع لرقابة القضاء , وذلك لتغليب المعيار الشكلي المتعلق بالجهة التي أصدرت العمل وهي الإدارة .

ولكن يثار التساؤل عن اعتبار لوائح الأزمة "الضرورة" من الأعمال التشريعية, انتهي الرأي لدي غالب الفقه الفرنسي علي اعتبار تلك اللوائح بمثابة أعمال تشريعية تخرج عن رقابة القضاء لما لها من قيمة تشريعية , الحجة في ذلك أن الفترات التي يسودها تركيز السلطات يدق التمييز بين الأعمال التشريعية والأعمال اللائحية الإدارية .

ذلك لإستحالة تطبيق المعيار الشكلي الذي يفترض الاعتداد بالجهة التي أصدرت العمل.

إلا أن البعض [(1)] لا يسلم باعتبار أعمال رئيس الجمهورية استناداً لسلطاته الدستورية في إصدار لوائح الأزمة "الضرورة" أعمال تشريعية وبالتالي خروجها عن دائرة الطعن فيها أمام القضاء، ويري هؤلاء أن فكرة تركيز السلطات غير صالحة لتحديد سلطات رئيس الجمهورية في لوائح الأزمة لعدة أسباب منها [(2)] :

1/ أنها لا تستند إلي أي أساس قانوني أو دستوري وهي محض خيال فقهي لا يرقي لمرتبة الأساس القانوني الذي يفسر الطبيعة التشريعية للأعمال الصادرة عن رئيس الجمهورية بمقتضي صلاحياته الدستورية .

2/ أن تركيز السلطات لا يتحقق في لوائح الأزمة "الضرورة" لأنه يفترض شرطين :

---

(2) راجع تفسير القوانين في المادة (4) .

(1) وجدى ثابت – القضاء الاداري مرجع سابق ص 177 .

(2) المرجع السابق، ص 178 .

أ- اختفاء الأجهزة القائمة بالسلطة كالحكومة والمجلس التشريعي وتوقفهما عن العمل كلية.

ب- قيام رئيس الجمهورية بتركيز السلطات في الدولة في يده بوصفة السلطة الوحيدة القائمة – بحكم الواقع – باختصاص جميع السلطات .



أما بالنسبة للأعمال القضائية ومدى خضوع الدولة بمناسبتها لرقابة القضاء، ذهب فريق من الفقه الفرنسي يؤيده القضاء إلي التمييز بين الأعمال المتعلقة بتسيير مرفق القضاء وهذه لا تخضع للطعن فيها أمام القضاء , وبين الأعمال المتعلقة بتنظيم مرفق القضاء التي تدخل في نطاق الطعن في القرار الإداري [1] .

ويثار التساؤل حول أعمال الضبطية القضائية .. هل تأخذ حكم الأعمال القضائية وتخرج من نطاق الطعن فيها , فالمعيار الذي يعتمد عليه مجلس الدولة المصري للتمييز بين الضبط الاداري وعمل الضبط القضائي هو معيار موضوعي, فعمل الضبط القضائي هو العمل المتصل بكشف الجرائم وجمع الاستدلالات [2] .

تحصين أعمال السيادة :

تخرج من نطاق الطعن في القرارات الإدارية طائفة من الأعمال تسمى بأعمال السيادة, لم ينص الدستور السوداني الإنتقالي لسنة 2005م علي أعمال السيادة ومدي خضوعها لرقابة القضاء .

أما في إتجاهات القضاء السوداني فجاء قضاء المحكمة العليا في سابقة جيمس أتور ضد قرار مجلس الجنوب في مايو 1287هـ [3] (إن قرار مجلس الوزراء رقم 1987/52 بإنشاء مجلس الجنوب قرار سياسي ينأى عن رقابة القضاء) , ثم عددت المحكمة الاعتبارات التي تدعو إلى عدم تدخل القضاء لرقابة القرارات السياسية ومنها [4]:

1/ وجوب حرص السلطة القضائية علي الابتعاد عن التورط في النزاعات السياسية والامتناع عن الدخول كطرف في صراعات القوى السياسية .

2/ أن مبدأ السلطات الذي يأخذ به الدستور السوداني الذي يضع صلاحية اتخاذ

---

(1) المرجع السابق – ص 370 .

(2) د. العطا بن عوف – الرقابة القضائية – ص 196 .

(3) راجع الطعن الدستوري م /4 عريضة د/ 1987/5م – جيمس اوقيلو اتور واخرون – ضد – حكومة السودان – اشهر القضايا الادارية والدستورية – هنري رياض واخرون – مرجع سابق – ص 339 .

(4) راجع حيثيات القرار في الطعن في المرجع السابق – ص 346 .

القرار السياسي في يد السلطة التنفيذية .

3/ يتطلب القضاء الحيدة التامة حيال الأمور السياسية .

4/ إن العناصر المعايير التي يعتمد عليها القرار السياسي تختلف تماماً عن العناصر والمعايير التي تشكل القرار القضائي .

5/ إن تدخل القضاء في الأمور السياسية يؤدي إلى تضارب قرارات سلطات الدولة حول الموضوع الواحد .

وفي حكم آخر للمحكمة العليا في قضية محمد الحسن الأمين – ضد – حكومة السودان، اعتبرت الأمر الصادر بإعلان حالة الطوارئ قرار سياسياً لا يخضع لرقابة القضاء حيث جاء في حكمها (إن الأسباب التي تقوم عليها حالة الطوارئ تتصل اتصالاً عميقاً ووثيقةً بمسائل سياسية في الاعتبار الأول ومن ثم تخرج عن مجال الطعن فيها أمام القضاء [1] بالنظر لحكم المحكمة العليا في قرار مجلس الجنوب نراها قد تحرجت فقط في نظر الطعن وفضلت عدم التورط في النزاعات السياسية، دون أن تكلف نفسها في البحث عن مبدأ تفرق فيه بين القرار الإداري الذي يمكن الطعن فيه والقرار السيادي الذي تنأى المحاكم عن نظره)، وأرى أن القضاء حينما ينظر في مثل هذه الدعاوي لا يؤدي بنظره فيها إلى تضارب سلطات الدولة، إنما القضاء هو الرقيب على أعمال الدولة ومدى خضوعها للقانون .

أما حكم المحكمة العليا فيما يتعلق بحالة الطوارئ فنجد أن قرارها أفضل من قرار سابقتها [2]؛ ولكنها لم تضع لنا معياراً محدداً توصلت بمقتضاه إلى أن إعلان حالةالطوارئ أمر يتصل اتصالاً وثيقاً وعميقاً بمسائل السياسية وكان عليها أن تفحص القرار ولا تقف مكتوفة الأيدي، فتنظر في الأسباب والمبررات التي أدت لإصدار القرار فإذا وجدتها مناسبة تقرر عدم تدخلها .

---

[1] راجع الطعن الدستوري م ع / عد / 11 1987 محمد الحسن ضد حكومة السودان اشهر القضايا الادارية والدستورية ص 375 .

[2] الطعن الدستوري م ع / عريضة د/ 5 1997 جيمس اوقيلو واخرون – ضد – حكومة السودان المشار اليه آنفاً .

تعد أعمال السيادة من المسائل التي كثر فيها الجدل في الفقه والقضاء حول حقيقتها القانونية، وتمثل الجدل في بحث مشكلتين جوهريتين " الأولى " إيجاد معيار واضح لتعريف أعمال السيادة وتحديدها " والثانية " إيجاد سند من قواعد المرافعات يبرر رفض المحاكم للنظر في هذه الأعمال الصادرة عن الهيئة الإدارية [1]، وتعد نظرية إعمال السيادة من صنع الفقه الفرنسي استنبطها شراح القانون من أحكام قضاء مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص.

ولقيت هذه النظرية تعريفاً تشريعياً من المشرع المصري – ويعد هذا التعريف التشريعي لاعمال السيادة من المشرع المصري – خروجاً عن المألوف فهو يحاول أن يكمل ما فهمه من قصور في بناء النظرية فحددها في القانون رقم " 112 " لسنة 1946م والقانون رقم " 9 " لسنة 1949م فنص كل من القانونيين السابقين على بعض الأمثلة حيث قررت المادة السابعة من القانون رقم " 9 " لسنة 1949م (أن لا تقبل الطلبات عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان، والتدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة)[2].

ووجد هذا التعريف التشريعي لنظرية أعمال السيادة نقداً من الفقه المصري، تأسيساً على أن نظرية السيادة هي بطبيعتها نظرية سياسية، ويجب أن تبقى خارج النصوص، حتى لا تصاب بالجمود [3] ولقد استجاب المشرع المصري لهذا النقد فقرر العدول عن محاولته في التعريف التشريعي بأعمال السيادة .

إلا أن قانون القضاء الإداري السوداني لسنة 2005م نراه لم يتقّف خطى المشرع المصري فعمد علي تحديد أعمل السيادة في نص المادة (8) منه والتي وتقرأ كما يلي :

---

[1] د. طعيمة الجرف – قضاء الالغاء المرجع السابق – ص 95 .

[2] د. طعيمة الجرف – قضاء الالغاء المرجع السابق – ص 97 .

[3] د. عثمان خليل – تعليقه على بعض احكام محكمة القضاء الاداري – مجلة مجلس الدولة – السنة الاولى – ص 361.

1. مع مراعاة المادة (4) فقرة (1) لا يجوز الطعن في أعمال السيادة .
2. تعتبر من أعمال السيادة
   أ. تعيين شاغلي المناصب الدستورية الاتحادية والولائية .
   ب. إعلان الحرب
   ج. إعلان حالة الطوارئ
   د. تمثيل الدولة في علاقاتها الخارجية بالدول والمنظمات .
   هـ. تعيين السفراء وإعتماد السفراء المبعوثين إليها
   و. تعيين شاغلي الوظائف القيادية في الخدمة المدنية.

أعمال السيادة في نظريات الفقه الفرنسي:

تعددت محاولات الفقه الفرنسي في وضع معيار لتحديد أعمال السيادة، ويمكن سرد هذه المحاولات في النظريات الآتية:

1- نظرية الباعث السياسي.
2- نظرية أعمال الوظيفة الحكومية.
3- نظرية الأعمال المختلطة.

سنقوم بدراسة هذه النظريات في ثلاث بنود كما يلي:

البند الأول: نظرية الباعث السياسي:

تتلخص نظرية الباعث السياسي في أن العمل الصادر من السلطة التنفيذية يعد عملاً حكومياً ، وبالتالي لا يخضع للرقابة القضائية، أو عملاً إدارياً بالتالي يخضع لها حسب الباعث الذي دفع الحكومة إلي إصداره. فإن كان هذا الباعث سياسياً أصبح عملاً حكومياً وإن كان غير سياسي أصبح إدارياً .[1]

ولقد ظهرت فكرة العمل السياسي في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الذي أصدره في قضية (Laffite) سنة 1822م، وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن المادة (4) من القانون 12 يناير 1816م قد نصت علي إبعاد عائلة نابليون بونابرت

[1] د/ طعيمة الجرف – قضاء الإلغاء – مرجع سابق، ص99.

من فرنسا، وحرمانهم من التمتع بالحقوق المدنية فيها وبيع الأموال التي يملكونها بعوض[2].

إلا أن هذا المعيار قد تعرض لنقد شديد من الفقه نفسه وتمثلت هذه الانتقادات في الآتي:

1- مخالفة الديمقراطية الحديثة:

إن هذا المعيار لا يمكن أن يفسر إلا بأفكار العتيقة لمعنى الحكم، ففي العصور السابقة كانت الحكومات لها سلطات مطلقة، أما في نظم الحكم الحديثة فالسيادة تتركز في الشعب، فالحكام ليس لهم إلا الاختصاصات التي نصت عليها الدساتير والقوانين، فإذا تجاوزوا هذه الاختصاصات فإن ما يقومون به من أعمال أو قرارات تخضع لرقابة القضاء وإلا وضعت نفسها فوق القانون، فتصبح الكلمة الأخيرة في يد الحاكم ونظرية الباعث السياسي علي ما ذكر تعد مخالفة للديمقراطية التي هي أساس الحكم[1].

2- مصادرة وحقوق الأفراد وحرياتهم:

تطبيق هذا المعيار يؤدي إلي عدم المساس بالأعمال الإدارية كلما رغبت الحكومة في أن تفلت من الرقابة القضائية أن تتذرع بحجة الباعث السياسي لأعمالها. ويؤدي هذا المعيار في تطبيقه إلي عدم رقابة شرعية أعمال السلطة التنفيذية الصادرة بناءاً علي أفكارها السياسية بهدف تحقيق المصلحة العامة للبلاد وحاجات الأمن العام، وهذه العبارات مرنة تحمل الكثير من الأعمال، ويصبح المعيار غير محدد ويستمد قوته من التعسف تحت إسم المصلحة العامة ودواعي الأمن العام[2]

3- دعم فكرة الضرورة السياسية:

---

[2] راجع د/ عبد الفتاح ساير داير – نظرية أعمال السيادة دراسة مقارنة – رسالة دكتوراة – جامعة القاهرة – 1995م، ص262، والحكم منشور في مجموعة لبيون سنة 1822م.

[1] د. عبد الفتاح ساير داير – نظرية أعمال السيادة – مرجع سابق، ص294.

[2] د. عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة، مرجع سابق، ص94.

يدعم هذا المعيار فكرة الضرورة السياسية ويجعل منها فكرة قانونية توجب علي القاضي إحترام سياسة الحاكم الشخصية، وما يتخذه من قرارات لتدعيمها وفرضها على خصومه[3].

البند الثاني: نظرية أعمال الوظيفة الحكومية:

ترك القضاء الفرنسي الأخذ بنظرية الباعث السياسي كمعيار لتحديد العمل السيادي لما وجهت لهذه النظرية من انتقادات، واتجه الفقه إلي الأخذ بمعيار طبيعة العمل، أي البحث عن مميز للعمل الحكومي لا في أمور خارجية عنه كالغرض الذي استهدف من أجله إصدار القرار.

ولكن ما هي طبيعة العمل السيادي؟ حاول البعض البحث عنها في التفرقة بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية[1].

يرى أنصار هذه النظرية أن السلطة التنفيذية تنقسم إلي إدارة وحكومة وأن مجال أعمال كليهما يختلف عن الآخر من حيث طبيعة هذه الأعمال، وبالتالي من حيث القواعد القانونية التي تحكمها، فالذي يميز أعمال الحكومة أو يحددها هو طابعها السياسي، لهذا فهي لا تخضع لرقابة القضاء، أما وظيفة الإدارة فهي تصريف الشئون العادية، فالأعمال الإدارية التي تمتد لتحقيق غرض سياسي تظل مع ذلك أعمالاً إدارية خاصة لرقابة القضاء، فإذا كانت هناك أسباب سياسية دفعت الحكومة إلي أن تستولي علي ملكية خاصة أو تعتدي علي الحرية الفردية أو حرية الصحافة، فإن هذه الأسباب السياسية لا تمنع المضرورين من رفع الأمر للقضاء.

ولقد تعرضت هذه النظرية للنقد لعدة أسباب(2):

1- إنعدام الفارق المادي بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية.

---

[3] د. عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص295.

[1] د. عبد الفتاح ساير داير، أعمال السيادة، مرجع سابق، ص304.

[2] المرجع السابق، ص331.

2- مع التسليم بأن الوظيفة الحكومية متميزة عن الوظيفة الإدارية، إلا أن هاتين الوظيفتين في يد عضو واحد هو السلطة التنفيذية. لهذا فإن الحدود الفاصلة بين الوظيفتين صعب. ولا توجد سلطة حكومية متميزة عن السلطة الإدارية.

3- إن التفرقة بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية تفرقة سياسية وليست قانونية، وإن الذين يؤيدون وجود وظيفة حكومية متميزة عن الوظيفة الإدارية، لا يرون فيها سبباً قانونياً لإعفاء الأعمال المسماة (بالأعمال الحكومية) من رقابة القضاء، ولكن يرونها على أساس إنها متعلقة بتوجيه السياسة العامة في البلاد، فهي مرتبطة بالنشاط السياسي البحت، بينما الوظيفة الإدارية مرتبطة بالناحية الفنية أو التطبيقية لهذه السياسة.

4- معيار التفرقة بين الحكومة والإدارة معيار غير محدد وغامض لا يزال بنقصه الدليل الحاسم.

ولهذه الانتقادات لم يكن لهذه النظرية أي أثر علي القضاء الفرنسي إذ أن هذه النظرية لم تجد فرصة للتطبيق .

البند الثالث: نظرية الأعمال المختلطة:

يرى أنصار هذه النظرية[1] أن الأعمال التي تجريها السلطة التنفيذية بمناسبة دخولها في علاقات مع هيئات عامة أخرى أو سلطات أجنبية، تصير من أعمال السيادة وتخرج عن رقابة القضاء، من أمثلة ذلك ما تتخذه الهيئة التنفيذية بمناسبة علاقتها مع السلطات الأجنبية، كالاعتراف الدولي وتبادل السفراء والقناصل وعقد المعاهدات وإعلان الحرب، وعقد الصلح وغيره.

اختلف الفقه الفرنسي حول تقدير هذه النظريات فأيدها بعضهم ورأي بعضهم أنها تؤدي إلي خضوع بعض الأعمال التي تعد من الأعمال الحكومية للرقابة القضائية كالأعمال التمهيدية للانتخابات وحق الاقتراع التشريعي. وبعضهم عارض

---

[1] تزعم بالقول هذه النظرية – الأستاذ Celier راجع د. عبد الفتاح ساير داير – المرجع السابق، ص324

هذه النظرية ووجه لها النقد، ورأى أن هذا الأساس وحده لا يكفي لإيجاد نظام قانوني خاص بأعمال السيادة، ذلك لأن العمل الصادر من السلطة التنفيذية في علاقتها مع البرلمان أو مع دولة أجنبية، لا يختلف في عناصره المادية عن القرار الإداري.



الفصل الثاني
شروط قبول الطعن في القرار الإداري

تمهيد وتقسيم:

أورد المشرع في قانون القضاء الإداري لسنة 2005م شروط قبول الطعن في القرار الإداري في المادة السابعة منه والتي تقرأ كما يلي:

1/7 علي القاضي المختص شطب العريضة إيجازياً ورفضها إذا تبين له الآتي :

أ. أن ليس للطاعن مصلحة شخصية في الطعن

ب.أن الطاعن لم يستنفد طرق التظلم المتاحة بموجب القانون

ج. إذا لم يذكر الطاعن سبباً للدعوي.

د. أن العريضة قدمت بعد فوات الميعاد وفقاً لنص المادة (5) والتي تقول : (ميعاد رفع الطعن ستون يوماً من تاريخ نشر القرار... الخ)

جعل المشرع عنوان هذه المادة شطب العريضة ورفضها إيجازاً (وقد خالف بذلك نهج القوانين السابقة)، كما يلاحظ أن صياغة هذه المادة جاءت بصيغة النفي التي يكتنفها الغموض.

وباستقراء المادة 7/فقرة(1) من قانون القضاء الإداري سابقة الذكر، يتضح أن شروطاً لابد من توافرها حتى تكون الدعوى مقبولة أمام القضاء، وعلى القاضي المختص بنظر الدعوى الإدارية أن يتصدى لها بالفحص قبل أن يتصدى لموضوع المخالفة المدعاه، فإذا اتضح له عدم توافرها تحتم عليه شطب عريضة الدعوى (الطعن) دون الخوض في الموضوع ويشير النص القانوني السالف أن أمر قبول الطعن من الأمور المتعلقة بالنظام العام سواء أدفع الخصوم بذلك أم نكلوا عنه، وعلى المحكمة ان تفصل في أمر القبول والاختصاص من تلقاء نفسها.

ويقتضي البحث تقسيم هذا الفصل لأربع مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: شرط تحقق المصلحة الشخصية.

المبحث الثاني: شرط إستيفاء التظلم الإداري.



المبحث الثالث: شرط ميعاد رفع الدعوى.

المبحث الرابع: السلطة التقديرية للإدارة.

المبحث الأول
شرط تحقق المصلحة الشخصية للطاعن

من المبادئ المستقرة ألا دعوى بـلا مصلحة تبرر رفعها، فالمصلحة شرطة أساسي لقبول الدعوى. واستقر الفقه على تكييف دعوى الطعن في القرار ليست من الدعاوى الشخصية إذ هي تقام في الأصل لحماية حقوق بقدر ما تقررت أساساً بقصد صيانة مبدأ المشروعية عن طريق اختصام القرارات الإدارية المخالفة للقوانين واللوائح[1].

ولكن هذا لا يدعونا إلي القول بأن دعوى الطعن في القرار الإداري دعوى حسْبة، بل يجب أن يشترط فيها وجود حالة قانونية خاصة متصلة بالقرار المطعون فيه، علي شكل يجعل هذا القرار مصدراً للإضرار بهذه الحالة القانونية الخاصة ومبرراً لرفع الطعن[2].

تأكيداً على ذلك ومن المبادئ التي تقوم عليها وظيفة القضاء أن القاضي لا يستطيع أن ينظر في الدعوى من تلقاء نفسه ولا يحكم بما لا يطلبه الخصوم (القضاء بالطلبات) وأن اشتراط شرط المصلحة من شأنه أن يحدد الأشخاص الذين لهم حق في رفع الدعوى مما يؤدي إلى الحد من الإسراف في مهاجمة أعمال الإدارة وضع الدعاوى الكيدية.

التمييز بين المصلحة والصفة الأهلية:

المصلحة هي الحاجة لحماية القانون لحق من الحقوق وهي شرط لقبول الدعوى، فالدعاوى يجب أن تستند إلى حق يجب حمايته باعتبار أن الدعوى من توابع الحق.

---

[1] طعيمة الجرف، دعوي الإلغاء،مرجع السابق، ص137.

[2] المرجع السابق، ص138.



أما الصفة فهي القدرة القانونية على رفع الخصومة إلى القضاء أو المثول أمامها لتلقيها، وهو إما صاحب الحق او المصلحة نفسه أو النائب عنه نيابة قانونية أو اتفاقية، وما عدا هؤلاء فهو غير ذي صفة في مباشرة الدعوى[1]

ويكاد الفقه يجمع على أن شرط الصفة يندمج مع شرط المصلحة، لأن صاحب المصلحة هو الوحيد ذو الصفة وأن الصفة هي وصف من أوصاف المصلحة.

من الفقهاء من يفرق بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، وهي صلاحية الشخص لمباشرة إجراءات الخصومة القضائية باسم غيره، وذلك عندما يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى وهو من له مصلحة شخصية مباشرة في رفعها، فيتولاها شخص آخر ممثلاً لصاحب الصفة في الدعوى، فأصحاب الصفة في الدعوى هم أطراف الدعوى أما أصحاب الصفة في التقاضي فهم أطراف الخصومة القضائية فقط دون أن يكونوا أطرافاً في الدعوى، وعليه فإن عدم توافر الصفة في الدعوى يؤدي إلى عدم قبولها، بينما تخلف الصفة في التقاضي يؤدي إلى بطلان الإجراءات.

ولقد استقر قضاءً أن قيام شرط المصلحة يعني توافر شرط الصفة، على أساس ان المصلحة والصفة تندمجان في دعوى الإلغاء.

فإذا تبين خلاف ذلك تعين عدم قبول الدعوى لإنتفاء صفة المدعي (الطاعن) في رفعها. وتطبيقاً لذلك فإن عقد بيع العقار غير المسجل لا يرتب إلا التزامات شخصية بين المتعاقدين، فبالرغم من توافر مصلحة المشتري في مثل هذا العقد إلاّ أنه ينتفي عنه أي حق على العقار محل النزاع، ومن ثم فلا تكون للمدعي صفة في الطعن على ما يصدر في شأن الأرض محل النزاع من قرارات وبالتالي يحب عدم قبول الدعوى لإنعدام صفة المدعي في رفع الدعوى.

---

[1] –د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص277.



ومن ناحية أخرى فإنه كما يشترط توافر الصفة في المدعى فإن ذات الشرط يلزم توافره في المدعى عليه (المطعون ضده) فلا تقبل الدعوى إذا لم يكن المدعى عليه (المطعون ضده) أي شأن بالنزاع، فيجب أن توجه الخصومة إلى الجهات المسؤولة عن إصدار القرار وتنفيذه.

الأهلية والمصلحة:

يجب أن يكون الطاعن متمتعاً بالأهلية اللازمة للإلتجاء إلى القضاء، وشرط الأهلية شرط لازم لجميع الدعاوى، إلا أن توافر الأهلية شرط للسير في إجراءات التقاضي ويمكن تعيين مَنْ يمثل ناقص الأهلية إلا أن عدم توافر المصلحة يؤدي إلى عدم قبول الدعوى في حين أن عدم توافر الأهلية يبطل إجراءات الخصومة.

المعايير اللازمة لتحديد المصلحة:

بالنظر في نص المادة (8) من قانون القضاء الإداري لسنة 2005م، لم يحاول المشرع من جانبه أن يضع المعايير اللازمة لتحديد المصلحة، بل ترك هذه المهمة للفقه والقضاء، ونرى أن مسلك المشرع كان موفقاً إذ لا مراء في أن تحديد المصلحة في الدعوى من المسائل القانونية التي تختلف بإختلاف طبيعة النزاع وظروفه وباختلاف مواقف ذوي الشأن فيه، ويجب أن يترك للقاضي ليقرر فيها بموجب سلطته التقديرية.

واستقر الفقه بإشتراط أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة وأن تكون محققة أو محتملة ويجب أن تتوفر عند رفع الدعوى.

أولاً : يجب أن تكون المصلحة شخصية

انتهى نظرنا إلى أن دعوى الطعن في القرار الإداري ليست بدعوى حسبه يراد بها الدفاع عن حق كل شخص في ضرورة احترام الإدارة للقانون، فلا يكون مناط قبول الدعوى الاستناد إلى المصلحة العامة، بل يجب أن تكون المصلحة التي يستند إليها الطاعن مستمدة من مركزه القانوني أو الحالة القانونية الشخصية له.

وتأسيساً على ذلك لا تقبل دعوى الطعن في القرار الإداري من فرد ليس له مصلحة شخصية في إلغاء القرار مهما تكن صلته بذي المصلحة الشخصية، لأن الشخص لا يملك التقاضي إلا في شأن نفسه، ولا يتولى التقاضي لغيره إلا بموجب نيابة قانونية بناء على تفويض من صاحب الشأن.

ولقد أطرد مجلس الدولة في مصر على عدم قبول طلب السير في إجراءات دعوى الإلغاء من الورثة في دعوى أقامها مورثهم قبل وفاته لإنعدام المصلحة الشخصية إلاّ إذا كانت لهم مصلحة شخصية مميزة عن مصلحة المورث(1).

إلا أن مجلس الدولة المصري قد تباينت أحكامه في هذه الفرضية ففي حكم له صادر في 1948/5/25 قرر أن طلب الإلغاء لا يورث في دعوى تتعلق بقرار تعيين أحد العمد وتعلل مجلس الدولة في هذه الدعوى بأن القرار المطعون فيه يجب أن يمس حالة قانونية خاصة بكل من الورثة تجعل له مصلحة شخصية في طلب إلغائه. وفي حكم آخر له بعد مضي سنة في 1949/4/13 قرر مجلس الدولة حكماً متبايناً حيث أعطى لورثة المتوفى الطاعن الحق في السير في دعوى رفعها مورثهم متعلقة بقرار ترقيته في وظيفة أعلى لتحقق مصلحتهم مما سيتحقق من نفع من فرق المرتب وأثر ذلك الفرق في زيادة ربط المعاش الذي يستحقونه وهذه المصلحة لا تتحقق إلاّ عن طريق إلغاء القرار المطعون فيه، ويتبدى الفرق بين الحالتين أن القرار قد لا يمس إلا مصلحة مجردة لا تستند إلى حق شخصي(2).

واستقر في قضاء محكمة القضاء الإداري في مصر أن المصلحة الشخصية لا تقتصر على فرد معين إنما توصف المصلحة بأنها شخصية لو تحققت لعدد كبير من الأفراد ففي هذه الحالة ترفع دعوى واحدة تجمع بين مَنْ اتحدت المصلحة لديهم من الأفراد كممولي الضرائب أو سكان حي من الأحياء أو أعضاء هيئة ناخبين لتحقق وجود رابطة بينهم تسوغ رفع الدعوى في هذا الشكل الجماعي.

---

1 –د.سليمان الطماوي، دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص518.

2 – المرجع السابق، ص519.

ثانياً: يجب أن تكون المصلحة الشخصية مباشرة

يشترط أن تكون المصلحة الشخصية مباشرة، بمعنى أن يكون المركز القانوني للطاعن يؤثر فيه القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً، فلا تقبل مثلاً طلب إلغاء القرار الصادر بالتعيين في وظيفة من الوظائف العامة ممن لا تتوافر فيهم الشروط اللازمة للتعيين فيها، والغرض من اشتراط هذا الشرط هو ضمان جدية مصلحة الطاعن.

ثالثاً : يجب أن تكون المصلحة محققة أو محتملة التحقق

من الأصول المستقرة في قانون المرافعات الذي يحكم الدعاوى العادية، أنه لكي تقبل الدعوى يجب أن يكون لرافعها مصلحة محققة وقائمة – حالة أو مستقبلة- وقت رفع الدعوى، أي بأن تكون الفائدة التي ستعود على المدعي مؤكدة، ومع ذلك جعل المشرع المصلحة المحتملة كافية لقبول الدعوى في حالات استثنائية إذا كان الغرض من طلب الإلغاء دفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه[1].

إذا كان هذا هو الأصل في الدعاوى العادية فإن التوسع في شروط المصلحة في دعوى الإلغاء يكون من باب أولى ويفسر هذا التوسع لأمرين[2]:

(الأول) أن طبيعة دعوى الطعن في القرار الإداري ذات الطابع الموضوعي والتي تستهدف تحقيق المصلحة العامة مما يستدعي فتح أوبابها لأكبر عدد ممكن من ذوي المصالح المشروعة، باعتبار الدعوى الأساسية لرقابة مشروعية القرارات الإدارية.

(الثاني) إن الميعاد القصير المحدد لرفع دعوى الطعن في القرار الإداري من شانه أن يهدد بإنقضاء هذا الميعاد قبل رفعها انتظاراً لتحقق المصلحة فيها.

ويرى جانب من الفقه أن هذا التوسع لا مبرر له فالمصلحة المحتملة قد تتحقق وقد لا تتحقق ومن شأن هذا أن يزايد العبء على عاتق القضاء الإداري دون مبرر معقول.

---

1 - د.سليمان الطماوي، دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص522.

2 –د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص244.

رابعاً: المصلحة الأدبية والمصلحة المادية

مصلحة الطاعن قد تكون مادية مما يمكن تقويمها بالمال وهذا هو الغالب في معظم دعاوى الطعن في القرار الإداري، ويمكن أن ترفع الدعوى مستندة إلى مصلحة أدبية وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر [1] لا يكفي أن يمس القرار المطعون فيه مصلحة شخصية مادية كانت أم أدبية للمدعى (الطاعن).

لا تشترط تلازم المصلحتين المادية والأدبية، فالمصلحة الأدبية تكفي وحدها لقيام الدعوى وإن زالت المصلحة المادية.

أثر إنتفاء المصلحة في دعوى الطعن في القرار الإداري وزوالها:

المصلحة هي مناط قبول الدعوى (الطعن) فيشترط توافرها عند إقامة الدعوى، ولكن هل يشترط قيام هذه المصلحة إلى حين الفصل فيها بحيث تكون المصلحة شرطاً لإستمرار النظر فيها أم أنها شرط قبول فحسب؟!

الأمر فيه خلاف، فذهب مجلس الدولة الفرنسي مؤيداً من الفقه إلى الإكتفاء بتوافر المصلحة عند رفع الدعوى، وما يطرأ عليها من بعد ذلك مما يؤدي إلى زوالها قبل صدور الحكم فلا أثر له على الدعوى وعلى القاضي أن يتصدى لفحص موضوعه ويفصل فيه[2].

وحجة الفقه الفرنسي في هذا المسلك إن توافر المصلحة وقت رفع الدعوى هو مجرد ضمان يكفل جدية الدعوى باعتبارها دعوى تمثل وسيلة عامة تستخدم للدفاع عن المشروعية، علاوة على أن دعوى الإلغاء تستهدف تحقيق مصلحتين في ذات الوقت.. مصلحة شخصية لرافع الدعوى ومصلحة عامة للجماعة بالدفاع عن المشروعية، وقد يحدث أن تزول المصلحة الشخصية لرافع الدعوى لسبب من

---

[1] – د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص244

[2] - المرجع سابق، ص260.

الأسباب ومع ذلك تبقى المصلحة العامة التي تتعلق بها حق الجماعة بمجرد رفع الدعوى.

أما إذا زال وجه عدم المشروعية كتصحيح الإدارة القرار المعيب فلا تكون هناك مصلحة للسير في الدعوى.

أما مجلس الدولة المصري ففي بادئ الأمر قد انتهج مسلكاً يتسم بالغموض والتضارب ويظهر ذلك في حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى المقامة في 1955/3/24 والتي جاء فيها : (أن المصلحة في إقامة الدعوى تتقرر بحسب الوضع القائم عند رفعها ولا تتأثر بما يجد بعد ذلك من أمور وأوضاع).

إلاّ أن محكمة القضاء الإداري في أحكام عديدة لها قد انتهجت مسلكاً مغايراً لما استقر لديها، ففي حكم لها بتاريخ 1957/7/17 أي بعد مرور سنتين قرنت المحكمة بين مسألة قبول الدعوى وضرورة استمرار شرط المصلحة كمسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي فإن رأى زوال المصلحة بشقيها، مصلحة الطاعن والمصلحة العامة المتصلة بالمشروعية قضي بانتهاء الخصومة وليس بعدم قبول الدعوى، أما إذا رأى أن المصلحة ما زالت قائمة في أي من شقيها استمر في نظر موضوع الدعوى إلى أن يصل إلى مرحلة الفصل فيها. واستطردت المحكمة في حيثياتها بالقول (العبرة في قبول الدعوى بتوافر المصلحة يوم رفعها اما زوال هذه المصلحة أثناء نظر الدعوى أو عدم زوالها، فإنه يكون من الأمور الموضوعية التي تنظر فيها المحكمة دون أن يؤدي ذلك إلى عدم قبول الدعوى).

إلا أن المحكمة الإدارية العليا في قضاء لاحق لها قررت (.. فإذا كانت الإدارة قد قامت بتصحيح الوضع القانوني وإزالة وجه عدم المشروعية بسحب القرار المطعون فيه فإن الدعوى تصبح غير ذات موضوع مما يؤدي إلى ان الخصومة منتهية إذ هي لا تقوم على اختصام القرار في ذاته من ناحيته العينية وقد تجردت من السحب من أي حق شخصي للمدعي)[1].

[1] - د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص261.

اتجاهات القضاء السوداني حول تحديد معايير المصلحة الشخصية:

لم يطرد القضاء السوداني في تحديد المعايير اللازمة لتحديد المصلحة الشخصية، وتأرجحت اتجاهاته ولقد تأثرت المحاكم السودانية بنهج مورثتها المحاكم الإنجليزية التي أخذت بمعايير متشددة في الوصول لماهية المصلحة الشخصية المبررة لرفع الطعن في القرار الإداري.

ومن أمثلة تشدد المحاكم السودانية في شرط المصلحة ما جاء في سابقة سلطات مباني الخرطوم/ضد/أنجليلوس، حيث أصدرت المحكمة العليا قرارها بأن مستأجر الفندق ليس له مصلحة شخصية تبرر له مناهضة قرار إزالة المباني[1].

ولقد استعرضت المحكمة العليا في هذه السابقة المادة (22) من لوائح الحكومة المحلية للبلديات لسنة 1938 والتي تعطي سلطات المباني حق إنذار مالك المباني بالإخلاء لغرض هدم المباني إذا كانت خربة أو تهدد سلامة السكان المجاورين او الجمهور عامة).

ونصت اللائحة على أنه يجوز لسلطات المباني دخول المبنى وهدمه عن التنفيذ الجبري إذا لم يستجب المالك للإنذار.

إلا أن المحكمة وهي تبحث في تعريف كلمة (المالك) الواردة في اللائحة قد أخرجت المستأجر ضمن تعريف (المالك) وقررت انه لا يصبح ذا مصلحة لأغراض الدعوى الإدارية.

إلا أن للقاضي (سوني) رأي مخالف ويرى أن للمستأجر حقوقاً مقدرة في المباني التي يستأجرها، ولقد ظلت المحاكم تطبق هذه النظرة في الدعاوى اللاحقة وترحم المستأجر من حق الاعتراض ورفع الطعن الإداري لمناهضة قرارات إزالة المباني التي تدعي البلدية أنها خربة.

إلا أن قضاء المحكمة العليا بدأ يتحول عن تلك النظرة المتشددة في اتجاهه لتحديد معايير المصلحة الشخصية بعد مضي عشرون سنة وظهر ذلك في قضية

---

[1] مولانا/ محمد محمود أبو قصيصة، مرجع سابق، ص18، هنري رياض، أشهر الأحكام السودانية، مرجع سابق.

المجلس الشعبي لمنطقة الخرطوم/ضد/حسن محمد صالح[1]. حيث رأت المحكمة العليا أن صاحب المصلحة في مناهضة قرار هدم المنازل أو المباني هو الساكن وذكرت المحكمة أن تفسير كلمة (المالك) الواردة في المادة (55) من اللائحة يختلف تفسيرها من قانون لآخر، توصلت المحكمة إلى ضرورة منح الساكن للدفاع عن حقه وهذا ادعى لتحقيق العدالة.

ولقد أثيرت مسألة المصلحة الشخصية أيضاً في سابقة/فريق النيل الرياضي وآخرون/ضد/معتمد العاصمة القومية وآخر، المجلة القضائية 1986، ولقد توصل اتجاه القضاء السوداني عند إثارة المصلحة الشخصية ليس المعيار بوجود الحق العيني لدى رافع الطعن الإداري (الطاعن) إنما مدى تأثر (الطاعن) بنتيجة القرار الإداري.

وحريٌ بالبيان أن مجلس الدولة الدولة الفرنسي قد أطردزمناً طويلاً أيضاً على عدم الحكم علي القرار الإداري بالإلغاء إلا إذا ارتبطت المخالفة للقانون بالتعدي على حق مكتسب للمدعي "الطاعن" فالمصلحة تدور في طلبات الإلغاء مع الحق الذاتي[1]. إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ترك هذه ا لنظرة في قضائية اللاحق وعزل المخالفة القانونية عن الحقوق المكتسبة، وأقام عن كل منها سبباً مستقلاً للإلغاء، وبهذا أصبح من الممكن الطعن في القرار الإداري وإلغاؤه بسبب مخالفته للقانون دون أن ترتبط هذه المخالفة بالتعدي علي حق مكتسب للمدعي "الطاعن[2]".

وبدأت نظرة القضاء السوداني في التحول من هذه النظرة المتشددة حول المعايير التي تحدد المصلحة التي تبرر رفع الطعن في القرار الإداري، ويظهر ذلك في قرار المحكمة العليا في سابقة المجلس الشعبي لمنطقة الخرطوم – ضد – حسن محمد صالح[3] حيث رفع المستأجر دعوى طعن إداري ضد القرار الصادر بهدم منزل

---

[1] – المجلة القضائية لسنة 1977م.

(1) د. طعيمة الجرف، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص156.

(2) المرجع السابق، ص156.

(3) مجلة الأحكام القضائية 1975م، ص234.

بموجب الأمر المحلي لتنظيم البناء بمديرية الخرطوم، حيث قررت المحكمة بقبول الطعن المرفوع من المستأجر لتوافر المصلحة الشخصية. ويظهر ذلك التحول في قضاء المحكمة العليا في سابقة فريق النيل الرياضي وآخرون – ضد – معتمد العاصمة القومية وآخرون(4)، حيث تقدم عدد من الفرق الرياضية ضد قرار معتمد العاصمة القومية الذي خصص قطعة من الأرض لإقامة معهد ديني، وإدعوا أن هذه القطعة محل ملاعب تمارس فيها الفرق الرياضية المدعية نشاطها الرياضي، وتقام فيها المناسبات الاجتماعية ومصلى في العيدين، وجاء قرار المحكمة العليا بأن الطاعنين لهم مصلحة شخصية تكفي لأن يقدموا دعوى طعن إداري ضد الجهة التي أصدرت القرار، ولم تر المحكمة العليا في نص القرار 312 "ج" من القانون – الذي ينظم الطعن في القرار الإداري – أي مطالبة بوجود حق عيني للطاعن(1).

لقد أكدت تلك السوابق القضائية في قضاء المحكمة العليا اللاحق على أنه يكفي لقبول دعوى الطعن في القرار الإداري توافر المصلحة الشخصية المباشرة دون حاجة إلى الاستناد إلى حق مكتسب للطاعن تأسيساً على أن الطعن بإلغاء القرارات الإدارية هو في الحقيقة طعن موضوعي عام مبني على المصلحة العامة، إذ يدور النزاع فيه حول مشروعية القرار المطعون بذاته، ومن ثم كان هذا الإلغاء عينياً ولا يلزم في طلبه أن يكون الطاعن صاحب حق ذاتي بل يكفي أن يكون ذا مصلحة، وهذه المصلحة تتحقق متى كان الطاعن في مركز قانوني خاص وثيق الصلة بالقرار المطعون فيه بأثر تربطه به علاقة مباشرة.

أوصاف المصلحة:

نظراً لصعوبة وضع تعريف دقيق للمصلحة وتحديدها علاوة على عدم اشتراط استنادها إلى حق شخصي أو مكتسب للطاعن، مما يستوجب القول باستقلال القاضي بتقدير المقبول منه وغير المقبول.

---

(4) مجلة الأحكام القضائية1986م،ص297.

(1) مولانا محمد محمود أبو قصيصة، مبادئ القانون السوداني، مرجع سابق، ص21.

ومعلوم أن تحديد المصلحة بتأثر بطبيعة القرار المطعون فيه، فالقرار الفردي ينصرف أثره إلى فرد أو أفراد معينين غير أن آثار القرار الفردي قد تمتد إلى الغير ممن ينالهم ضرر أو احتمال ضرر في حال بقاء القرار المعيب، فالقرار الصادر بالترخيص بفتح محل عام لشخص من الأشخاص، قد يكون فيه اعتداء على شخص آخر يرى أنه أحق بالترخيص وقد يكون لشخص ثالث مصلحة في زوال هذا القرار لأن له محلاً في نفس المكان[2].

أوصاف مصالح الأفراد من غير الموظفين العموميين قد يتواجد الأفراد في حالة قانونية خاصة يؤثر فيها القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً، ومن ثم يكفي صفة المواطن وحدها لرفع دعوى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة.

ولقد توسع مجلس الدولة المصري في تفسير شرط المصلحة المبرر لقبول دعوى الإلغاء، فإكتفى بصفة المواطن في بعض الدعاوى، عندما لا تتوافر صفة أخرى، لقد بين قضاء محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها القاضي بإلغاء القرار السلبي الصادر من رئيس الجمهورية بالإمتناع عن إصدار ترخيص بقيام أحد الأحزاب السياسية تأسيساً على أنه من الحقوق العامة للمواطنين في تكوين الجمعيات على الوجه المبين في القانون، مما يجعل المواطن ذو صفة ومصلحة شخصية مباشرة مسها القرار المطعون فيه رغم أن الطاعن لم يكن عضواً في هذا الحزب قديماً أو حديثاً [1].

ولصعوبة حصر أوصاف المصلحة لدى الأفراد يمكن الإشارة إلى اهم هذه الأوصاف كما يلي[2]:

1- صفة المالك.

---

(2) د.سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص525.

1 - د.سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص544.

2 -د.سامي جمال الدين ، مرجع سابق، ص249.



لم يكن المقصود في هذا الغرض أن تتعدى الإدارة لقرارها على حق ملكية، إنما تقصد بهذه الصفة أن المالك له حق أن يطلب إلغاء القرارات الإدارية المعيبة والتي لا تحترم مصالحه المشروعة دون أن يصل العيب إلى درجة الإعتداء على حق الملكية بالمعنى المدني.

فقد قبل مجلس الدول المصري الطعن المرفوعة من الملاك فيما يتعلق بالطرق العامة التي تحد أملاكهم إذا ما سببت لهم مضايقات أو أضرار.

2- صفة ممارس المهنة:

إن توافر صفة ممارسة الطاعن لإحدى المهن سواء كانت تجارية أو صناعية أو زراعية أو فنية، كمهن الطب والمحاماة والمحاسبة تكفي لتوافر المصلحة في الطعن في القرارات المتعلقة بتنظيم المهنة التي يمارسها إذا ما خالف ذلك للتنظيم لتلك المهن أو الحرف مقصد الشرع.

ومن الأمثلة الساطعة في قضاء محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم 4091 بتاريخ 1985/12/24 الاعتراف بتوافر شرط المصلحة الشخصية للمدعي (الطاعن) في إقامة دعوى إلغاء قرار رئيس الجمهورية بمنح نائب رئيس مجلس الدولة وسام الاستحقاق من الطبقة الأولى، إذ أنه كان في تاريخ منح الوسام المنوه عنه برأس الدائرة التي كثيراً ما يختصم المحامي أمامها رئيس الجمهورية بصفته، ولهذا فله مصلحة في الطعن على القرار منح الوسام ضماناً لنقاء قاضيه وتجرده وحيدته[1].

3- صفة الممول

يقصد بالممول هنا دافع الضريبة ولأي فرد دافع للضريبة تتوافر لديه المصلحة في طلب إلغاء أي قرار إداري معيب يترتب عليه انفاق مال.

4- صفة المنتمي لأحد الأديان

[1] -د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص250، حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 11/26/ 1983.



قضت محكمة القضاء الإداري في مصر أن الإنتماء لدين معين يكفي لتوافر المصلحة في طلبات المدعى وإلغاء القرارات غير المشروعة المتصلة بعقيدته وحريته ومشاعره الدينية.



المبحث الثاني
شرط استيفاء التظلم الإداري

تنص المادة "1/7/ب" من قانون القضاء الإداري لسنة 2005م على استيفاء التنظيم الإداري حيث تقول: (لا يقبل الطعن في القرار الإداري إذا لم يستنفد مقدم الطلب كافة طرق التظلم المتاحة له بموجب القانون).

ينظم المشرع كافة الدعاوى وسائل المطالبات القضائية ويحدد لها الإجراءات والشكليات اللازمة عند تحريك الدعوى، فإن هذه الشكليات يجب أن تكون أبعد مدى في المنازعة الإدارية مما عليه في القانون الخاص، وذلك لطبيعة المنازعة الإدارية التي يكون قوامها اختصام الهيئات الإدارية[1] ومن هذه الشكليات أن يلجأ صاحب الشأن ابتداء إلي جهة الإدارة يعرض عليها شكواه علها تنصفه وترد عليه حقوقه، وإلا حصل صاحب الشأن على قرار إداري برفض تظلمه ويصبح صالح للطعن فيه أمام القضاء [2].

لقد رأى المشرع أن يلجأ الأفراد إلى الإدارة قبل إلتجائهم إلى القضاء والحكمة من ذلك إمكان حل كثير من الإشكالات ودياً وفي وقت قصير، علاوة على أن صدور القرار الإداري معيباً لا يعني حتماً أن جهة الإدارة قد قصدت أن يكون كذلك، ولو افترضنا أن مصدر القرار قد أراد تلك النتيجة، فإن القانون في معظم الأحوال قد أقام سلطة رئاسية تمتلك تعديل قرارات مرؤسيها وإلغاءها، وفوق ذلك فإن رقابة الإدارة في نظرها للتظلم تملك رقابة الملاءمة التي لا يملكها القضاء حيث يمارس رقابة المشروعية فحسب.[3]

---

[1] د. طعيمة الجرف – قضاء الإلغاء – مرجع سابق، ص79.

[2] المرجع السابق نفسه ، ص79.

[3] راجع د.سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص615.



استجاب المشرع السوداني لدواعي التظلم الإداري حيث قضت المادة 1/7/ب المذكورة آنفاً على اشتراط التظلمواعتبرته شرطاً وجوبياً لتحريك الطعن في القرار الإداري.

ومن الإشكالات العملية قبل قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983 تأخر الجهة المرفوع إليها التظلم في إصدار قرارها وتجاهلها الأمر، ولقد اصدرت المحكمة العليا في كثير من السوابق القضائية أحكاماً بقبول الطعن في القرار الإداري، ذهبت إلى أن شرط الحصول على التظلم ضروري قبل تصريح الدعوى ولكن إذا تجاهلت السلطة الإدارية الأعلى فلا يمكن ترك الأمر معلقاً وعلى المحكمة قبول الدعوى إذا اتضح لها أن السلطة الإدارية تعمدت أن تتجاهل التظلم بعد أخذ الفرصة الكافية.

والتظلم الإداري هو طلب يتقدم به صاحب الشأن إلى الإدارة لإعادة النظر في قرار إداري ويؤسس على مراعاة مقتضى الفصل بين الإدارة والقضاء حيث لابد من عرض الامر موضوع النزاع على الإدارة نفسها لتبحثه من جديد علها تراجع نفسها فيه قبل أن تضطر إلى الوقوف أمام القضاء في مركز المدعى عليه[1].

وواضح من نص المادة "1/7/ب"إن التظلم شرطاً وجوبياً لتحريك الطعن في القرار الإداري، ومن الإشكاليات العملية قبل قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، وما يتعلق بالتنظيم الإداري تأخر الجهة المرفوع اليها التظلم في إصدار قرارها وتجاهلها الأمر، ولقد أصدرت المحكمة العليا في كثير من السوابق القضائية أحكاماً بقبول الطعن في القرار الإداري وذهبت إلي أن شرط الحصول علي التنظيم ضروري قبل تصريح الدعوى ولكن إذا تجاهلت السلطة الإدارية الأعلى فلا يمكن ترك الأمر معلقاً وعلي المحكمة قبول الدعوى إذا أتضح لها أن السلطة الإدارية تعمدت أن تتجاهل التظلم بعد أخذ الفرصة الكافية[2].

---

[1] د.ماجد راغب الحلو –القضاء الإداري – مرجع سابق –ص 325.

[2] انظر سابقة محمد طاهر عاصم – ضد مدير الهيئة العامة لكهرباء والمياه – مجلة الأحكام القضائية 1980م، ص 291 وسابقه محمد أحمد الحاج – ضد – باشري الامين ومجلس شعبي منطقة السجانة، مجلة الاحكام



إلا أن قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م قد أدرك هذه الإشكالات حيث نص في المادة 310"3" علي فترة معينة هي ثلاثة أشهر يصدر خلالها القرار في التظلم ولقد نهج قانون القضاء الدستوري لسنة 1996م نفس المنهج فنص في المادة "21" فقرة "3" (يعتبر رفضاً للتظلم عدم فصل الجهة الإدارية فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ رفعه إليها) فأنقص القانون الأخير المدة إلي ثلاثين يوماً وأري إن ذلك أوفق لتقصير أمد المنازعة الإدارية والتي تفرض طبيعتها ذلك.

ولقد سار علي نفس النهج قانون القضاء الإداري لسنة2005م في المادة(4) إلا إننا نري إدراك القانون السوداني لهذه الإشكالات قد جاء متأخرات فإذا نظرنا لمجلس الدولة الفرنسي نراه قد حدد مدة التظلم بأربعة أشهر من تاريخ رفع التظلم ثم أنقصها في القانون رقم 165 لسنة 1955م إلي ستون يوماً لدواعي الإستقرار كما أدرك المشروع المصري ذلك في القانون رقم 112 لسنة 1946م، وجري علي مسلك مجلس الدولة الفرنسي وحدد مدة التظلم بأربعة أشهر من تاريخ رفع التظلم، ثم أنقصها في القانون رقم 165 لسنة 1959م وإلي ستون يوماً لدواعي الإستقرار في المراكز القانونية.

نص قانون القضاء الإداري لسنة 2005م في المادة (5) فقرة (3) والتي تقرأ كما يلي:

(يبدأ ميعاد التظلم إلي الجهة الإدارية المشار إليها في البند (2) ستون يوماً ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك ويحسب الميعاد علي النحو المبين في البند (1) من المادة (5)، وجاء في الفقرة (4) من المادة (5) سالفة الذكر (يعتبر رفضاً للتظلم عدم فصل الجهة الإدارية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ رفعه إليها) ثم قضت الفقرة (5) من المادة سالفة الذكر بإنقطاع سريان الميعاد المنصوص عليه إذا أبلغ المدعي وزير

القضائية 1981م، ص 209 راجع ايضاً مولانا / محمد محمود قصيصة مبادئ القانون الاداري السوداني، مرجع ص 21.



العدل بنيته برفع الدعوى علي الوجه المبين في المادة (33) فقرة(4) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م.

لم يحدد المشرع شكل خاص للتظلم الإداري ومن ثم يكفي فيه أن يكون واضح الدلالة علي انصراف نية صاحب الشأن إلي الاعتراض علي تصرف الإدارة محل الطعن ويشترط في التظلم أن ينصب علي قرار معين بذاته وإلا يكون مجهولاً .

ومن شأن عدم وضوح طلب التظلم الإداري عدم تحقق الغرض منه، بحيث يتسنى للإدارة أن تستقي منه عناصر المنازعة في هذه المرحلة الأولية على الوجه الذي يمكنها من فحصه والبت فيه، وهو ما لا يتأتى إذا شاب بياناته خطأ أو نقص من شأنه أن يجهل بالقرار المتظلم منه تجهيلاً كلياً أو تجهيلاً يوقع الإدارة في حيرة، ومدى هذا التجهيل وأثره إنما هو مسألة تقديرية مردها إلى المحكمة في كل حالة بخصوصها[1]

ويشترط في التظلمالإداري أن يكون مجدياً ، فالتظلم الإداري لا يكون مجدياً إلاّ بصدد القرارات القابلة للسحب والرجوع عنها من قبل جهة الإدارة، فإذا امتنع على الجهة الإدارية حق سحب القرار أو تعديله، فإنه لا يكون هنالك جدوى من التظلم من القرار، ومن حالات عدم جدوى التظلم الحالة التي ينص فيها القانون على نهائية بعض القرارات الإدارية، ومن أمثلة تلك القرارات قرار لجنة التأديب ما دام أن القانون نص على أنه نهائي ولا سلطان للجنة ولا لأية سلطة إدارية أخرى أعلى أن تعيد النظر فيه توطئة لتعديله أو سحبه، ويكون التظلم الإداري غير مجدي إذ انعدمت سلطة رئاسية تملك التعقيب عليه.

ففي تلك الأحوال المذكورة يكون التظلم غير مجد وغير منتج وتنتفي حكمته وتزول الغاية من التربص طوال المدة المقررة حتى تفئ الإدارة إلى الحق أو ترفض التظلم أو تسكت عن البت فيه، ومن ثم فإذا ثبت للمحكمة أن التظلم الإداري غير

---

[1] –من أحكام القضاء المصري، د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص279.



مجد بصدد قرار إداري معين فإن عليها أن تقضي بقبول الدعوى شكلاً ولو لم يسبقها التظلم المنصوص عليه في المادة الرابعة من قانون القضاء الإداري لسنة 2005.



المبحث الثالث
ميعاد الطعن في القرار الإداري

من الأصول المستقرة في القانون المدني أن الدعوي تدور مع الحق وتحميه وتسقط معه لمضي المدة المقررة للتقادم، والأصل أن مدة التقادم المسقط ترتكز علي اعتبارات تتصل بالمصلحة العامة التي تتطلب الحرص علي إستقرار المعاملات وثبات المراكز القانونية وسرعة البت في المنازعات [1].

إلا أن المشرع قد خرج علي هذا الأصل فيما يتعلق بالمنازعة الإدارية التي تفرض طبيعتها عدم تعليقها أمداً لا نهاية له، ولاستقرار الأوضاع الإدارية والمراكز القانونية لأشخاص المرافق العامة من أجل حسن سيرها.

وهذا هو مسلك قانون القضاء الإداري لسنة 2005م في المادة (5) فقرة "1" قد جاء منطوق النص كما يلي (ميعاد رفع الطعن ستون يوماً من تاريخ نشر ذلك القرار في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها أجهزة الدولة أو من تاريخ إعلان صاحب الشأن أيهما كان أسبق).

جاءت المادة المذكورة بقاعدة إجرائية مفادها أن ميعاد الطعن في القرار الإداري ستون يوماً، فإذا انقضى هذا الميعاد فعلى القاضي المختص ينظر الطعن في القرار الإداري يشطب عريضة الطعن إيجازياً معلناً رفضها.

الأصل أن يبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان القرار الإداري النهائي لصاحب الشأن أو نشره بالصورة التي نص عليها القانون أيهما كان أسبق أو –كما استقر– في الفقه والقضاء الإداري من تاريخ ثبوت العلم اليقيني بالقرار ومحتوياته، على أساس انه بمجرد تحقق العلم يستطيع ذو الشأن أن يحدد مركزه القانوني من القرار وأن يبدأ طريقه في الطعن ضده.

---

[1] د. طعيمة الجرف، قضاء الألغاء، مرجع سابق، ص 193.

ويلاحظ من منطوق النص سالف الذكر المساواة بين وسيلتي الإعلان والنشر لإثبات العلم بالقرار المطعون فيه، إلاّ أن الأصل في العلم بالقرار هو الإعلان أما الاستثناء هو النشر، حيث لا يكفي النشر إذا كان الإعلان ممكناً .

النشر هو إتباع شكليات معينة لكي يعلم الجمهور بالقرار والقاعدة أنه إذا نص القانون علي وسيلة معينة للنشر يجب إتباعها، كما هو الحال عند النص علي النشر في الجريدة الرسمية أو النشرات التي تصدرها المصالح الحكومية ويجب أن يكشف النشر عن فحوي القرار والكيفية التي تجعل صاحب الشأن يلم به [(1)] .

أما الإعلان فهو الطريقة التي تقوم بها الإدارة في نقل القرار الي فرد بذاته أو أفراد معينين بذواتهم، وقد يكون هذا الإعلان عن طريق البريد أو عن طريق محضر، كما قد يكون عن طريق إبلاغ القرار لصاحب الشأن نفسه.

ويعد النشر وسيلة ممكنة للقرارات التنظيمية، أما الإعلان فهو الوسيلة الحتمية للقرارات الفردية.

إنّ النشر والإعلان ما هما إلاّ قرينتين على وصول القرار المطعون فيه إلى علم صاحب الشأن ويجب أن يتما بالشكل الكافي لتحقيق العلم بالقرار. وبالطبع هذه القرينة تقبل إثبات العكس وكما هو معلوم فإن عبء إثبات النشر أو الإعلان يقع على عاتق الإدارة.

لقد ربط المشرع ميعاد الطعن في القرار الإداري بالنشر أو الإعلان باعتبارهما من الوسائل الشائعة للعلم بالقرار المطعون فيه، إلاّ أن القضاء قد أضاف وسيلة العلم اليقيني كقرينة ثالثة على وصول القرار إلى علم صاحب الشأن[(2)].

والعلم اليقيني هو ذاك العلم الذي يتحقق عن طريق وجود قرائن وأدلة يقرر القضاء كفايتها لتحقيق ما يحققه النشر أو الإعلان من العلم القاطع بمضمون القرار

(1) د. ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص318.
(2) د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص298.



ومحتوياته، وهذا العلم يفتح مهلة (ميعاد) الطعن وتبدأ في السريان متى ثبت بطريقة أو بأخرى أن صاحب المصلحة قد توافر له العلم بالقرار [3].

ويشترط لتطبيق فكرة العلم اليقيني شروطاً أربعة:[4]

1- أن يحصل العلم بغير طريقة النشر والإعلان.

2-أن يكون العلم بالقرار علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً .

3- إثبات حصول العلم في تاريخ معين يمكن حساب ميعاد الطعن منه، واحتساب ميعاد التظلم منه من بداية علم صاحب الشأن به.

4- يشترط أن يكون العلم اليقيني منصباً على جمع عناصر القرار الإداري ومشتملاته.

حالات امتداد الميعاد :

هي الحالات التي يوقف فيها الميعاد أو ينقطع، ونص قانون القضاء الإداري لسنة 2005م علي مد ميعاد رفع الطعن في الأحوال التي يجيز فيها القانون التظلم إلي الجهة الإدارية المختصة وإذا أبلغ المدعى وزير العدل بنيته في رفع الدعوى علي الوجه المبين في المادة (4/33). من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م وبالنظر في القانون المقارن فإن حالات إمتداد الميعاد علاوة علي ذلك تشمل حالة القوة القاهرة وحالة رفع الدعوي لمحكمة غير مختصة.

1. التظلم :

تنص المادة (5) فقرة (2) علي ما يلي :

(يبدأ الميعاد في الأحوال الذي يجيز فيها القانون التظلم من الجهة الإدارية المختصة من تاريخ الفصل نهائياً في التظلم وأشارت الفقرة (4) من ذات المادة إلي مدة التظلم (يعتبر رفضاً للتظلم عدم فصل الجهة الإدارية فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ رفعه إليها).

---

(3) محمد فوزري نويجي، العلم اليقيني بالقرار الإداري، دار النهضة العربية، ط1، 2004، ص28 ومابعدها.

(4) المرجع السابق، ص28 ومابعدها.

ويتضح مما سبق أن التظلم الإداري يقطع سريان مدة الطعن، وتبدأ مدة طعن جديدة بعد ظهور موقف الإدارة من التظلم وتبدأ المدة الجديدة من تاريخ صدور قرار الرفض الصريح أو من تاريخ إنتهاء مدة الثلاثين يوماً علي تقديم التظلم في حالة الرفض الضمني المستفاد من سكوت الإدارة وتجاهلها بالرد علي التظلم، غير أن مرور مدة الثلاثين يوماً في الحال الأخيرة تعد قرينة قابلة لإثبات العكس، فإذا أثبت مقدم التظلم إن الادارة كانت لا تزال تنظر في إنهاء النزاع ودياً فإنه لا يفقد حقه في رفع الطعن حتي بعد مضي الثلاثين يوماً التي يعد فواتها دون رد من الأدارة بمثابة رفض التظلم، فلا وجه لإفتراض رفض التظلم إذا تبين للمحكمة أن السلطات الإدارية المختصة لم تهمل وتتجاهل التظلم، بل إذا إستشعرت حق المتظلم فيه، وقد اتخذت فيه مسلكاً إيجابياً، وواضحاً في سبيل إستجابته وإنما كان فوات الثلاثين يوماً راجعاً إلي بطء الإجراءات، والقول بغير ذلك مؤداه دفع المتظلم إلي مخاصمة الإدارة في وقت تكون جادة في سبيل أنصافه، هذه القاعدة يمكن استلافها من ما استقر عليه في المحاكم الإدارية العليا في النظام المصري من مبادئ.[1]

ويمكن تحري القصد والحكمة من افتراض عدم رفض الجهة الإدارية للتظلم بفوات مدة التظلم المحددة وفقاً للقانون وهي التقليل من القضايا المطروحة أمام القضاء ومنح الإدارة والمواطنين فرصة لتصفية المنازعات الإدارية ودياً دون اللجوء إلى التقاضي.

ولقد فسر مجلس الدولة المصري المدة الخاصة بالتظلم تفسيراً تحريرياً استهدف به التوسع علي الأفراد، فلم يجعل مرور المدة قرينة مطلقة، بل إعتبرها قرينة نسبية يمكن إثبات عكسها، فإذا أثبت المتظلم أن الإدارة كانت في سبيل التصالح معه، فإنه لا يفقد حقه في رفع الدعوى إلا أن مجلس الدولة الفرنسي يجعل من مضي المدة قرينة مطلقة علي الرفض.

---

[1] – ما استقر عليه قضاء محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 1954/3/7 والمحكمة الإدارية العليا في 1972/6/3 في تفسير المادة 24 من قانون مجلس الدولة.

والتظلم الذي يقطع ميعاد الطعن هو التظلم الأول فقط، أما التظلمات التالية فلا أثر لها في هذا الشأن و إلا جاز لذوي الشأن أن يتخذوا من تكرار التظلمات وسيلة للاسترسال في إطالة ميعاد رفع الطعن.

2. القوة القاهرة :

ثبت لنا أن القصد من تحديد مواعيد السقوط والتقادم – وهي آجال قررتها النظم القانونية – لاستقرار الروابط والعلاقات القانونية، ويجب أن لا يترتب هذا الجزاء إلا إذا إنتهت المواعيد المقررة بسبب إهمال أصحاب الشأن وتقصيرهم، أما إذا ثبت أن صاحب الشأن لم يباشر رفع الطعن في المواعيد المحددة قانونياً بسبب ما أحاط به من عوامل القوة القاهرة التي سلبته قدرة التصرف الحر، فإنه لا يكون عادلاً أن يطبق هذا الجزاء عليه.

لم ينص القضاء الإداري لسنة 2005م علي القوة القاهرة كحالة من حالات مد ميعاد رفع الطعن، والقاعدة عند خلو النص يمكن الرجوع للقانون المقارن والاستفادة من الأحكام القضائية في نظم أخري [1].

فقد إستشعرت محكمة القضاء الإداري المصرية ذلك فجعلت من القوة القاهرة سبباً يوقف مواعيد سقوط الطعن بالإلغاء فقررت إن حالة الاعتداء علي مدينة بورسعيد لسنة 1956م واحتلالها هي من الظروف القاهرة التي تعد سبباً لمد الميعاد المنصوص عليه في القانون[2].

3. رفع الطعن إلي محكمة غير مختصة :

يؤدي رفع دعوي الطعن في القرار الإداري إلى محكمة غير مختصة إلى قطع مدة الطعن، وتبدأ مدة ستين يوماً جديدة تبدأ من تاريخ صدور الحكم بعدم الاختصاص.

---

[1] قررت المحكمة العليا في الطعن م ع / ط أ س / 63 / 1992م مجلة الأحكام 1973م د. حامد ابراهيم محمد وأخرون – ضد – وزير المالية والتخطيط – (ليس هناك ما يمنع من الاستئناس بالقانون الأجنبي عند غياب النص والرجوع لسوابق قضائية من خارج بلادنا في حالة عدم وجود سوابق ق بالرجوع

[2] محكمة القضاء الإداريفي مصر – حكم بتاريخ 1995/1/31م – مجموعة البستان 12012.

4. إنذار النائب العام :

ينقطع سريان ميعاد رفع الطعن الإداري، إذا قدم طلب بإنذار النائب العام أو من ينوب عنه علي الوجه المبين في المادة "33" "4" من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م والحكمة من إبلاغ النائب العام أو من ينوب عنه في الدعوى تمكين النائب العام من بحث المسألة مع الجهات المختصة بقصد إيجاد تسوية ودية أو مناهضة الدعوي وهو أمر وجوبي في الدعاوى العادية التي يرفع فيها أحد الأفراد دعوي ضد الحكومة (مقاضاة الحكومة) وتوصلت المحكمة العليا في قضائها الأول للقول بأن إبلاغ النائب العام في الطعون الإدارية ليس لازماً وجوازي للطاعن [1] إلا أن المحكمة العليا قد تراجعت عن قضائها الأول في ظل قانون القضاء الدستوري والإداري لسنة 1996م وبناء علي نص المادة "25" منه والتي تقرأ كما يلي (تتبع في رفع الطلب والفصل فيه الإجراءات المقررة لرفع الدعوي ونظرها والفصل فيها) فقد أرست المحكمة مبدأ وجوب إنذار النائب العام، ولمحكمة الموضوع أن تثير من تلقاء نفسها مسألة إنذار النائب العام، ومن حق المحكمة شطب الدعوى لذاك السبب في أي مرحلة من مراحل التقاضي[2] .

أما قانون القضاء الإداري قد حسم الأمر فنص في المادة (5) فقرة (5) منه (ينقطع سريان الميعاد المنصوص عليه آنفاً إذا أبلغ المدعى وزير العدل بنيته في رفع الدعوى علي الوجه المبين في المادة "4/33 من قانون الإجراءات لسنة 1983م إلا أن المادة "11" من قانون القضاء الإداري قد استثنت حالة إختصار طلبات الطاعن علي إلغاء القرار الإداري).

---

[12] راجع : مسابقة ادارة الاتحاد التعاوني المحلي لغرب النيل – ضد– مجلس عاد الجمعيات التعاونية م ع / ط أ س / 5/ 146هـ أشهر القضايا الادراية والدستورية في السودان، مرجع سابق، ص 53.

[2] انظر قرار المحكمة العليا في الطعن نمرة م ع / ط م / 3/ 99 غير منشورة.



ولقد حددت المحكمة العليا ضوابطاً لإبلاغ وزير العدل أو من ينوب عنه، وجاء ذلك في معرض نظرها للطعن رقم (ط أ س 2000/115م)، (محمد البيني الكوري/ضد/وزارة الشئون الهندسية، وتتمثل تلط الضوابط فيما يلي:[3]

1-يجب أن يكون إبلاغ وزير العدل أو من ينوب عنه بعد إنتهاء مدة التظلم الواردة في القانون (لثلاثون يوماً) في حالة الرفض الضمني للتظلم.

2-ضرورة أن يكون إبلاغ وزير العدل أو من ينوب عنه -في حالة القرارات الإدارية التي يكون فيها التظلم الإداري غير مجدي- خلال مدة الستين يوماً التي حددها القانون ميعاداً للطعن في القرار الإداري. وإلاّ كان تقديمه خارج القيد الزمني مما يتوجب على المحكمة المختصة شطب الطعن.

3-يشترط أن يكون رفع الطعن بعد إنتهاء مدة الشهرين المنصوص عليها في المادة 4/33/من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983، فعلى الطاعن ان يتربص حتى إنتهاء تلك المدة بإعتبار أن إبلاغ وزير العدل او من ينوب عنه لا يتحقق إلاّ بمضي المدة المحددة في القانون الإجرائي بحيث تنهض قرينة على تجاهل وزير العدل أو من ينوب عنه أمر الإذن برفع الدعوى أو خلافه، مما يتوجب على المحكمة في هذه الحالة رفض الدعوى لعدم تحقق إبلاغ وزير العدل وهو شرطاً وجوبياً .

4-يعفى الطاعن من ضرورة إنذار وزير العدل أو من ينوب عنه على الوجه المبين في المادة (4/33) عند اقتصار طلبات الطاعن فقط على إلغاء القرار الإداري المطعون فيه، وجاء ذلك الإستثناء في ثنايا المادة (11) من قانون القضاء الإداري لسنة 2005 والتي تقرأ كما يلي: (فيما عدا ما نص عليه في هذا القانون يتبع في رفع الدعوى والفصل فيها بموجب نصوص قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983، ويستثنى من ذلك تطبيق

---

[3] من السوابق غير المنشورة



المادة (4/33) منه إذا اقتصرت طلبات الطاعن فقط على إلغاء القرار الإداري).



المبحث الرابع
السلطة التقديرية للإدارة

تنص المادة "23 ج" من قانون القضاء الدستوري والإداري لسنة 1996م الملغي قبل التعديل، علي اشتراط قبول الطعن في القرار الإداري إذا لم يكن مبنياً علي سلطة تقديرية لمن أصدره.

هذا النص مستحدث لم يرد في القوانين السابقة التي تنظم الطعن في القرار الإداري في القانون السوداني، وهو غريب حتي في القانون القارئ ونظام مجلس الدولة الذي بدأ القانون السوداني يميل إليه بإستلاف كثير من نصوصه فيما يتعلق بالطعن في القرارات الإدارية.

والذي ينظر لنص المادة "23ج" من القانون السالف الذكر نجده يحتوي علي شرط جوهري إذا تحقق لا تقبل طلبات الطعن في القرار الإداري إذا كان مبيناً علي سلطة تقديرية لمن أصدره، وفي رأينا أن هذا النص في ظاهرة يمكن أن يحمل تفسيراً مواده أن يقف القضاء مكتوف الأيدي دون أن يراقب سلامة إستعمال السلطة التقديرية، وإذا ما خالفت الإدارة القانونية في ظل سلطتها التقديرية، وإذا نظرنا أيضاً لحرفية النص يدور في الذهن سؤالاً، كيف يتسني للقاضي في مرحلة تصريح العريضة (الدعوى) ما إذا كان القرار مبيناً علي السلطة التقديرية لمن أصدره دون أن يسمع الدعوي كاملة.

ولا نجد مثل هذا الشرط لقبول دعوى الإلغاء في النصوص التي تنظم الطعون الإدارية في مجلسا الدولة الفرنسي والمصري، فكان علي المشرع إلا يخرج عن المألوف ويترك مسألة السلطة التقديرية خارج النصوص يستأنس بها عند نظر الطعن وما إذا كان هناك مبرر لتدخل القاضي أو إمتاعه عن التدخل تاركاً ملاءمة القرار للإدارة.



حسناً فعل المشرع بأن حذف الفقرة (ج) من المادة (23) من قانون الدستوري والإداري لسنة 1996م الملغي تاركاً مسألة السلطة التقديرية للإدارة خارج النصوص، يقررها القاضي عند نظرة في الطعن .

وقد سار المشرع علي نفس النهج في قانون القضاء الإداري لسنة 2005م.

ولفهم السلطة التقديرية للإدارة لابد من مقارنتها بالاختصاص المقيد، فالسلطة التنفيذية عندما تقوم بنشاطها تجد نفسها أمام أمرين [1].

الأول : أن يحدد لها القانون سلفاً الطريق الذي يجب عليها إتباعة، بأن ينص المشرع علي الشروط الواجب توافرها حتي تستطيع إصدار القرار الإداري وفي هذه الحالة لا يكون للإدارة حرية تقدير ملاءمة القرار الإداري أي أن القاعدة هنا ليست تخييريه، كما لو قرر القانون حكماً واحداً في كل حالة تتوافر فيها شروط معينة، فهنا يكون القانون واحد ومعلوم سلفاً ، وليس للإدارة الخيار في إتباعة والمثال الواضح في حالة نص القانون علي الشروط الواجب توافرها فيمن يطلب ترخيص سلاح الصيد أو لحماية النفس، فإن استوفي طالب الترخيص هذه الشروط لا تستطيع الإدارة أن تمنع منحه هذا الترخيص بحجة أنه لا يحسن الصيد أو أن حمل السلاح في يده يعد خطراً علي الأفراد وإذا فعلت يكون قرارها مشوباً بعيب تجاوز السلطة.

الثاني : إن يترك المشرع للإدارة ملاءمة إصدار القرار الإداري ويسكت المشرع عن وصف الطريق الواجب علي الإدارة إتباعة سلفاً . فالمشرع لم ينصب نفسه قاضي ملاءمة القرار، بل جعل الإدارة قاضي الملاءمة ولا تخضع في هذا الشأن لرقابة القاضي لأن القاضي يراقب ملاءمة القرار في حالة الإختصاص المقيد، إنما يحل محل المشرع للتأكد من إن الإدارة قد سايرت المشرع في تقديره لملائمة القرار .

أما بالنسبة للقرار الصادر بناءً علي ما للسلطة التنفيذية من سلطة تقديرية، فإن المشرع نفسه قد جعل الإدارة هي قاضي الملاءمة إذ لا محل لتدخل القاضي.

ويبرر اتجاه تقرير السلطة التقديرية للإدارة عدة أسباب يمكن أجمالها في الآتي:

---

[1] راجع : د. عبد الفتاح ساير داير نظرية أعمال السيادة مرجع سابق ص 78.



1- يصعب علي المشرع أن يضع مقدماً قواعد تتلائم مع الاختلاف المستمر لمظاهر الحياة الاجتماعية، الأمر الذي يستدعي حتماً ترك الإدارة حرة في تلك الملاءمة، لأنها أكثر إدراكاً وقدرة علي ذلك باستعمالها لوسائل تكفل حسن سير المرافق العامة واطرادها دونما أي عقبة تشريعية ومعده سلفا.

2- إن فكرة السلطة التقديرة تساعد علي إدخال فكرة العدالة والمساواة عند تطبيق القاعدة القانونية، ذلك لأن القانون عندما يضع قاعدة قانونية، إنما يفرض مبادئ عامة لحل مجموعة من الموضوعات متقاربة لكنها ليست متماثله، وذلك تبعاً لاختلاف الظروف من حالة لإخري فبناء علي ما للإدارة من سلطة تقديرية تستطيع إن تراعي ظروف كل حالة عند إصدار القرار الإداري.

3- إن الإختصاص المقيد لو كان مطلقاً في كل حالة – أي أنعدم بجواره أي سلطة تقديرية – لأدي إلي الآلية الإدارية، ويجعل من الإدارة مجرد آله لتطبيق القانون سالباً إياها أي قدرة علي الإبتكار، والسلطة التقديرية تحول دون هذه الآلية الإدارية.

ولكن في عنصر من عناصر القرار الإداري تظهر السلطة التقديرية للإدارة؟ انقسم الفقه [1] الفرنسي في ذلك لإتجاهين.

""الاتجاه الأول " : ويتزعمه الفقه هوريو وأيده الفقه "فالين"وطبقاً لهذا الاتجاه توجد السلطة التقديرية في كل عناصر القرار الاداري بدرجات متفاوتة سواء من حيث الإختصاص أو الشكل أو الوقائع أو الغرض أو الموضوع ولكنها مع ذلك تخضع لاختصاص القاضي إذا شاب أمر هذه العناصر المختلفة عيب، إذن فهي ليست مطلقة بل مقيدة بهذه القيود.

ولكن نري أن عنصري الاختصاص والشكل في الغالب الأعم مقيدان ... فمن حيث الإختصاص قد يشترط القانون إن إدارة معينة هي المختصة بإصدار القرار.

---

(1) راجع : د. عبد القادر ساير داير، نظرية أعمال السيادة مرجع سابق، ص 82.

ومن حيث الشكل والإجراءات قد يتطلب القانون شكلاً يتعين أن تفرغ الإدارة إرادتها فيه، وقد يحدد القانون الخطوات الإجرائية لإصدار القرار وبهذا تكون سلطة الإدارة مقيدة من حيث الاختصاص والشكل والإجراءات.

ومن ناحية أخري فإن كل عمل يجب أن يستهدف المصلحة العامة من ورائه ولا مجال للسلطة التقديرية فيه " عنصر الغرض"أو "الغاية" في القرار الإداري. ويبقي عنصري السبب "الموضوع" والمحل "أثر القرار" وأن السلطة التقديرية للإدارة تثبت في هذين العنصرين السابقين لغياب النصوص الآمرة التي ترسم للإدارة كيفية ممارسة نشاطها علي وجهة الدقة أو إلزامها باتخاذ قرار معين وفقاً لأوضاع معينة [(1)].

"والاتجاه الثاني" ويتزعمه الفقه "بونار" ويري أن السلطة التقديرية أما أن توجد وأما أن لا توجد، إذا وجدت فلا تقبل أي قيد، بالتالي لا تخضع لأي رقابة قضائية، وأما ألا توجد ونكون بصدد إختصاص مقيد متفاوت الدرجات لأن الاختصاص المقيد يقبل بطبيعته الرقابة القضائية. وطبقاً لهذا الاتجاه لا توجد السلطة التقديرية إلا بالنسبة لموضوع القرار "عنصر السبب" والسلطة التقديرية ليست إلا حرية التقدير التي تركها القانون أو اللائحة للإدارة لتحديد مضمون موضوع القرار وعزز (بونار) رأيه بتحليل عناصر القرار الإداري إلي أربعة:

الأول : أسباب القرار وهي الواقعة السابقة علي حدوثه.

الثاني : موضوع القرار وهو الأثر المباشر والحال للقرار "عنصر السبب"

الثالث: الغرض وهو النتيجة النهائية التي تؤدي إليها موضوع القرار.

الرابع : إعلان الإرادة وهو الذي يفصح عن موضوع القرار بناء علي أسبابه لتحقيق أغراضه.

وتظهر السلطة التقديرية في موضوع القرار "عنصر السبب" في القرار الإداري وهو الحال الواقعية أو القانونية التي تبرر اتخاذ القرار، وتنصرف هذه السلطة التقديرية إلي مجال تقدير صحة الواقع المبررة لاتخاذ القرار، كما تنصرف إلي مجال

---

(1) راجع أ. د. سامي جمال الدين، القضاء الاداري، مرجع سابق.

التكييف القانوني لهذه الوقائع وإعطائها الوصف القانوني المناسب للواقعة التي تبرر اتخاذ القرار، ويترك للقانون أو اللائحة للإدارة حرية تقدير مدي ملاءمة هذا الموضوع لتحقيق المصلحة العامة [1].

تؤسس السلطة التقديرية للإدارة علي مبدأ الفصل بين الادارة والقضاء ومعني ذلك عندما يطلب من القاضي أن يتدخل في المنازعة الادارية فإنه لا يناقش العمل الإداري موضوع الدعوى إلا من حيث مخالفته أو مطابقته للقانون وما يترتب علي ذلك من آثار، دون أن تمتد ولايته إلي الملاءمات الإدارية، فقرار الجامعة بعدم تعيين متقدم في وظيفة معيد رغم تفوقه علي غيره ممن تم تعينهم بحصوله علي درجة الماجستير وتسجيله للدكتوراه [2] من سلطاتها التقديرية، حيث جاء في حيثيات سابقة/الخضر إبراهيم الخضر/ضد إدارة جامعة أمدرمان الإسلامية (... إن تقرير الإدارة فيمن هو أحق بالمنصب هو من الأمور التي تدخل ضمن سلطاتها التقديرية.. ويمكن الطعن في قرار التعيين إذا كان ينطوي على أسباب خاطئة وهذا الدفع لم يكن مثاراً من الطاعن إنما ارتكز الطعن على سلطة الجامعة في اختيار من تراه مؤهلاً وهذا من صميم سلطة الجامعة ولا يمكن للمحكمة أن تفرض عليها معايير جامدة ومحددة لتغل من سلطاتها)، وقرار هدم المباني إن كانت خربة من سلطات البلدية وكل هذه القرارات ليست مما يدخل في ولاية القضاء [3].

ولكن ما مدي رقابة القضاء للسلطة التقديرية للإدارية ؟

قررنا فيما سبق أن السلطة التقديرية في جوهرها تقوم علي الإطلاق فهي تأبي التقييد بالنسبة للعنصر الذي تلازمه وهو عنصر السبب في القرار الإداري وبالتالي فهي أما موجودة أو غير موجودة. وهذا يقودنا إلي القول بأن الإدارة في ممارسة السلطة التقديرية بمنجاة من كل رقابة قضائية إلا إذا دفع الطاعن بأن الإدارة قد

---

(1) Bonnard- Lc Control I adminision 1934- paris

(2) راجع قضية ابراهيم الخضر ضد جامعة أم درمان الاسلامية، مجلة الأحكام القضائي 1978م، ص 141 وقضية حسن عبد الله محمد – ضد مجلس شعبي النيل وأخرون مجلة الاحكام القضائية 1976م ص 31 .

(3) قضية سلطات المباني بلدية الخرطوم – ضد ايفاء ايجلوس مجلة الاحكام القضائية 1958م، ص 16.

استعملت سلطاتها التقديرية لتحقيق غرض غير مشروع أو لم يجعله المشرع من اختصاصها، وإذا تحقق ذلك فإن الإدارة قد خرجت من مجال التقدير المتروك لها [1].

والرقابة القضائية علي ممارسة السلطة التقديرية للإدارة تقتضي التوازن بين عدم التضيق علي الإدارة في ممارستها لسلطاتها التقديرية وبين حماية الحرية الفردية وبعبارة أخرى التوفيق بين الرغبة في أعمال السلطات العامة والتمكين للحريات الفردية وحمايتها عَسف السلطات العامة [2].

رغم ما تتمتع به الإدارة من حرية في تقدير ملاءمة القرار الإداري إلا أن القضاء يفرض عليها في رقابته لها التزاما قانونياً بأن تصدر أفضل القرارات ملاءمة، ولكن يثار تساؤل عن مضمون هذا الإلتزام القانوني في ملاءمة القرارات الإدارية.

فالإتجاة الأول "يذهب إلي أن هنالك التزاما قانونياً علي الإدارة في ممارسة سلطتها التقديرية مضمونة إصدار أفضل القرارات الإدارية ملاءمة وأن تنفيذ هذا الإلتزام القانوني يخضع لرقابة القضاء ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه الألماني تزنر Tezener [3].

ويعاب علي هذا الاتجاه أنه يجعل من القاضي رئيساً إدارياً للإدارة مما يخرج القاضي عن مهمته كقاضي للمشروعية، وهذا يؤدي إلى الحد من السلطة التقديرية مما يهدد فعالية العمل الإداري [4].

أما الاتجاه الثاني " فذهب إلي أن مضمون الإلتزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية هو إصدار أفضل القرارات الإدارية ملاءمة مع حرمان هذا الإلتزام من عنصر الجزاء وبعبارة أخري أن تنفيذ الإدارة لهذا الإلتزام لا يخضع لرقابة القضاء [5].

(1) سليمان الطماوي محمود أو قصيصة النظرية العامة القرارت الادارية مرجع سابق، ص 22.
(2) المرجع السابق.
(3) المرجع السابق، ص 16.
(4)المرجع السابق، ص 17
(5)المرجع السابق، ص 18.

ويجيب الأستاذ جيرو (Giraud) علي التساؤل عن جدوي هذا الالتزام المحروم عن الجزاء القانوني بقوله أنه لا يهمنا إلي أي حد يمكن للمحاكم أن تراقب السلطة التقديرية للإدارة فالالتزام القانوني لا يفقد صفته ولو كان محروماً من الجزاء القانوني [(1)].

وفي رأي الإستاذ دي كال (Di Gual) أن التزام الإدارة بأفضل الحلول ملاءمة هو وحدة الذي يتفق مع دولة القانون، فمن الواضح أن اعترافنا للإدارة بسلطة الاختيار للحل الأكثر ملاءمة إلا انه يعود ويعترف بأن هذا الرأي يبدو عديم الأثر من حيث نتائج استخدام السلطة التقديرية فيما يتعلق بالملاءمة، فالإدارة تبدو فيه متمتعة بتفويض علي بياض يمكنها في هذه الحالة أن تسئ استعمالها [(2)].

وفي تقديرنا أن المشرع حين لا يفرض علي الإدارة حلا معيناً ويترك لها سلطة تقديرية في إصدار قرارها واختيار وقت إصداره وتحديد مضمونة، فإن المشرع يقدر أن الموقف يقتضي أن تمنح الإدارة فرصة لدراسة الظروف المحيطة بإصدارها للقرار حتي تختار بين الحلول الممكنة أفضلها، فالتزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية مضمونة أن تبدل الإدارة أقصي جهدها في دراسة ظروف كل حالة للوصول إلي أفضل قرار بشأنها فإذا إتضح أن الإدارة لم تقم بدراسة ظروف كل حالة وأن هنالك غلطاً واضحاً في التقدير فإنها تكون قد أخلت بالتزامها القانوني مما يعيب القرار الإداري[(3)].

وقد وضع الفقيه الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي – وهو يعلق علي مسلك محكمة القضاء الإداري في مصر مبدأ في غاية الأهمية لضبط مراقبة القاضي

---

(1) المرجع السابق، ص 19.

(2) أنظر لينو دي كال في رسالتة الاختصاص المقيد، والمرجع السابق ص 18.

(3) د. محمد إسماعيل علم الدين، التزام الإداري القانوني الإداري في ممارسة التقديرية في الفقه والقضاء الفرنسي مرجع سابق ص 20 لقد استجابت محكمة القضاء الفرنسي في مصر لنقد الدكتور الطماوي وقررت المبدأ الذي ذهب إليه فيما يتعلق بالسلطة التقديرية باعتبار أن آراء الفقهاء من مصادر القاعدة القانونية فعلي فقهاء القانون في السودان إن يتناولوا أحكام المحكمة العليا بالتعليق عليها بمؤلفاتهم لتصحيح مسارها في كافة أنواع القضايا.



لممارسة السلطة التقديرية للإدارة، ويقرر هذا المبدأ ضرورة التمييز بين التقدير الموضوعي الذي أجرته الإدارة في ذاته، وبين الظروف والملابسات التي يتم فيها التقدير، فالأمر الأول هو من إطلاقات الإدارة في حدود عدم التعسف. أما الأمر الثاني فهو شرط يستند علي كيفية أجراء التقدير، لأن من البديهيات أن التقدير لا يمكن ممارسة إلا إذا توافرت الظروف والضوابط القانونية أو المعقولة التي تسمح بإجرائه، وليس في ذلك أي مساس بسلطة التقدير في ذاتها[1].

---

(1) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 72.

الفصل الثالث
أسباب الطعن في القرار الإداري

بعد ان انتهى القاضي من مرحلتي الاختصاص وقبول الدعوى شكلاً ينتقل إلى مرحلة فحص الدعوى أي البحث عن مدى مشروعية القرار الإداري المطعون فيه وذلك بمطابقته للقواعد القانونية المتصلة بأي من عناصره، تمتع القرارات الغارية بقرينة المشروعية بمعنى أنه يفترض أنها قد صدرت صحيحة في كافة عناصرها ولكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات عكسها، إذ لا تمنع صاحب الشأن من ان يقيم الدليل على أن القرار الإداري مشوب بعيب من عيوب عدم المشروعية.

تنص المادة "6" من قانون القضاء الإداري لسنة 2005م م علي أسباب الطعن في القرار الإداري وتقرأ كما يلي (يرفع الطعن في القرار الإداري في الأحوال الآتية[1] :

1. عدم إختصاص الجهة التي أصدرته
2. وجود عيب في الشكل
3. مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه
4. إساءة استعمال السلطة) .

إذ نظرنا لهذه الأسباب نجدها غير مستقلة عن بعضها البعض فيمكن إرجاعها لفكرة مخالفة القانون بالمعني الواسع كما ذهب العالم مولانا أبو قصيصة [2] لأن القانون هو الذي يحدد قواعد الاختصاص والإجراءات الشكلية والأهداف الإدارية.

ونستعرض في هذا المبحث أسباب الطعن في القرار الإداري وهي :

---

[1] إن الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة في السودان قبل صدور قانون المرافعات المدنية لسنة 1972م اقتصرت علي مراجعة وفحص القرار الإداري فيما يتعلق بقواعد الاختصاص والشكل والإجراءات إلا أن القوانين الإجرائية التالية لهذا القانون أضافت أسباب أخري كمخالفة القانون وإساءة استعمال السلطة والانحراف بها.

[2] راجع مؤلفة مبادئ القانون الادراي السوداني، مرجع سابق، ص 61، 2111.

1. عدم الاختصاص.
2. عيب مخالفة الشكل والإجراءات.
3. عيب مخالفة القانون.
4. إساءة استعمال السلطة "عيب الانحراف" بالسلطة.

وسوف نتناول هذه الأسباب في مباحث متتالية :

المبحث الأول
عيب عدم الاختصاص

القاعدة العامة أن الهيئات العامة لا تملك أن تمارس تصرفاً صحيحاً ومنتجا لإثارة القانونية، ما لم يصدر هذا التصرف في حدود قواعد الاختصاص لهذه الهيئات العامة [1].

ويمكن تعريف قواعد الاختصاص بأنها مجموعة من الصلاحيات التي يتمتع بها الأشخاص أو الهيئات التي تملك إبرام التصرفات العامة والتي يحددها القانون [2].

ومن ثم يمكن تعريف عيب عدم الاختصاص في دعوى الطعن في القرار الإداري بأنه " عدم القدرة علي مباشرة عمل قانوني معين، لأن المشرع جعله من سلطة هيئة أو فرد آخر " وبهذا التعريف نضع عيب الاختصاص في مكانه الطبيعي من حيث كونه عيباً عضوياً [3].

في المحاكم الإنجليزية وتبعتها في ذلك المحاكم السودانية كانت الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة محدودة تنحصر في فحص ومراجعة قانونية الإجراءات المتخذة دون النظر في الموضوع من حيث مطابقته للقانون أو الخطأ في تطبيقه، وكان دور المحاكم ينحصر في إلغاء القرارات الإدارية إذا خرجت الإدارة عن حدود اختصاصها، فلا تبحث المحاكم في القانون المطبق علي أصل النزاع ولا ممارسة السلطة التقديرية للجهات الإدارية [4].

---

[1] راجع – د. طعيمة الجرف قضاء الإلغاء مرجع سابق، ص 240.

[2] د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 43.

[3] المرجع السابق، ص 257.

[4] مولانا / محمد محمود أبو قصيصة، مبادئ القانون الاداري السوداني، مرجع سابق، ص 43.

ثم تطور الفقه الإنجليزي وتوسع في مفهوم الخروج عن الاختصاص أو تجاوز الاختصاص، وقسم الاختصاص إلي أنواع متعددة كالاختصاص المحلي والاختصاص الموضوعي والاختصاص القيمي والاختصاص الإجرائي[5].

واستخلص الفقيه الإنجليزي "غارنر" من تطبيقات المحاكم أوجه أخري من الخروج عن الاختصاص وهي :

1. الخروج عن الاختصاص بمعناه البسيط.
2. القرار حول انعقاد الاختصاص أو عدمه.
3. سوء استغلال السلطة.
4. التعنت في ممارسة السلطة.
5. عدم مراعاة الخطوات الإجرائية.
6. الأخطاء الظاهرة بالمحضر.
7. انعدام الدليل وانعدام التناسب بين القرار والظروف المتعلقة بالنزاع.

وتوصلت محكمة الاستئناف في السودان في قضية الهيئة المركزية للمياه والكهرباء – ضد – محمد حامد أحمد، لنفس النتيجة وأوردت تلك الحالات في الخروج عن الاختصاص التي ذكرها الفقيه "غارنر".

وذهب القضاء الإنجليزي أبعد من ذلك حينما جعل الخطأ الجسيم في القانون الموضوعي ضرباً من الخروج عن الاختصاص.

ويفرق اللورد Denning في كتابه The Discipline of Law بين الخطأ المتمثل في غياب الاختصاص والخطأ الذي يحدث عند ممارسة الاختصاص ويري أن الخطأ عند ممارسة الاختصاص هو تجاوز الاختصاص والفرق بين غياب الاختصاص والخطأ في الاختصاص فرق واه يسير نحو الزوال.

---

[5] مولانا / محمد محمود أبو قصيصة، مبادئ القانون الاداري السوداني، مرجع سابق، ص 43. سابقة قضية التاج – ضد – لجنة تقدير اجارات منطقة بادتجون.

إلا أن المحاكم السودانية لا تذهب إلي المدى الممعن في التوسع الذي اتخذته المحاكم الإنجليزية، وقد رأت المحكمة العليا في سابقة محمد المأمون زروق – ضد – معهد الموسيقي والمسرح أنه لا مجال للتوسع في معني الاختصاص وإنما يكتفي بالمعني المألوف لكلمة الاختصاص.

إذا نظرنا للقانون الفرنسي نجد أن عيب عدم الاختصاص من الوجهة التاريخية كان أسبق أسباب الإلغاء جميعاً في الظهور، حتى أشتهر الطعن بالإلغاء في الفقه والقضاء الفرنسيين بدعوى الإلغاء لتجاوز السلطة، بإعتبار أن تجاوز السلطة يعتبر مرادفاً لعدم الاختصاص، ولم يمتد نطاق الإلغاء إلي غير عيب عدم الاختصاص إلا بعد إن بسط إجراءاته اعتباراً من سنة 1964م، وحتى في هذه المدة المراحل أستمر ينظر إلي أسباب الإلغاء الأخرى مثل عيب الشكل والإجراءات والانحراف في استعمال السلطة باعتبارها من صور عدم الاختصاص.

ونجد اتجاها في الفقه المعاصر يري أن الأشكال الأساسية للتصرف القانوني تدخل في ترتيب الاختصاص لأن القانون حين يحدد الهيئة التي تمارس التصرف فإنه يحدد لها سبب ذلك التصرف وشكله وغايته وموضوعه كما أن المرجع الأساسي في عيب الاختصاص هو الاعتداء سلباً وإيجاباً علي القانون الموزع للاختصاص بين الهيئات والسلطات العامة المختلفة [1].

ومن أهم خصائص عيب الاختصاص أنه العيب الوحيد الذي يعد من النظام العام وذلك لإرتباط قواعد تحديد الاختصاص بالنظام العام، ويترتب على ذلك:

1- يستطيع القاضي أن يتصدى لهذا العيب وإثارته والتمسك به من تلقاء نفسه، ولو لم يتأسس الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري عليه.

2- يجوز للطاعن إبداء الدفع بعيب الاختصاص في أية حالة كانت عليها الدعوى دون أن يحتج عليه بأنه قدم طلبات جديدة.

---

[1] د. طعيمة الجرف، مبدا مشروعية وخضوع الادارة العامة للقانون، مرجع سابق، ص 77، ود عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة – القاهرة – 1956م، ص 240.

صور عدم الاختصاص :

يمكن تقسيم أحوال عدم الاختصاص تبعاً لجسامة المخالفة القانونية إلي فئتين فتمثل الأولي أحوال إغتصاب السلطة وتمثل الثانية عدم الاختصاص البسيط [2].

وتمثل أحوال اغتصاب السلطة فيما يلي [3]

1. إعتداء سلطة عامة علي أعمال سلطة عامة أخري تشريعية أو قضائية أو تنفيذية.
2. الإعتداء علي اختصاص سلطة إدارية لا تمت بصلة إلي سلطة مصدر القرار واغتصاب سلطة التقدير، ففي هذه الحالة يكون مرجع العيب إلي عدم إحترام قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية ومع ذلك يعتبر العيب من قبيل اغتصاب السلطة.

إما أحوال عدم الاختصاص البسيط يتمثل في ثلاثة صور هي [1].

1. عدم الاختصاص من حيث الموضوع، كان تقوم جهة إدارية بإصدار قرار يدخل أصلاً في اختصاص جهة إدارية اخري، وأن يقوم موظف بإصدار قرار في اختصاص موظف آخر.
2. الاختصاص الإقليمي كان يصدر أحد المحافظين قراراً يدخل أصلاً في اختصاص محافظ آخر [2].
3. عدم الاختصاص الزمني، كان يمارس رجل الإدارة اختصاصاً دون مراعاة القيود الموضوعية لذلك.

---

[2] د. طعيمة الجرف، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 276.

[3] سليمان الطماري النظرية العامة للقرارات الإدارية مرجع سابق، ص 276.

[1] د. العطا بن عوف العطا، الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة، مرجع سابق 274.

[2] انظر مسابقة لجنة جامع الخليفة عبد الله – ضد معتمد العاصمة القومية مجلة الاحكام القضائية 1987م، 05711205 حسن قرار المحكمة العليا بأن مسألة الاختصاص مسألة قانونية حسب التفسير الذي تضمنه المحكمة وهناك تنازع الاختصاص لاكثر من جهة في تسير الجامع .



المبحث الثاني
عيب الشكل والإجراءات

القرار الإداري هو التعبير عن إرادة الإدارة الملزمة، ويعد من قبيل الأعمال القانونية التي يجب أن يكون لها مظهراً خارجياً تفضح فيه الإدارة عن إرادتها حتي يعلم بها الأفراد كي يرتبوا تصرفاتهم وفقاً لأحكامها ومقتضياتها [(1)].

لذلك يفرض المشرع علي الإدارة قواعد شكلية وإجرائية لإصدار قراراتها .وهذه القواعد الشكلية والإجرائية وإنما هي قيود رسمت لكي تلزم الإدارة في تصرفاتها من أجل حماية الصالح العام.

ويقوم فرض هذه القواعد الشكلية والإجرائية في إصدار قرارات الإدارة كموازنة لسلطات الإدارة الخطيرة في مجال القرارات الإدارية ولما كانت الإدارة تتمتع بسلطات لا مثيل لها عند الأفراد، فإن عليها أن تسلك السبيل الذي ترسمه القوانين لإصدار قراراتها وإن تتجنب مواطن الزلل والتسرع وأن تبتعد عن القرارات الطائشة.

ويمكن تعريف عيب الشكل والإجراءات في دعوي الطعن في القرار الإداري بأنه عدم إحترام القواعد الإجرائية أو الشكلية المحددة لإصدار القرارات الإدارية وفقاً للقوانين واللوائح.

صور عيب الشكل :

أولاً : عدم مراعاة قواعد العدالة الطبيعية (حق السماع) :

مقتضي قواعد العدالة التي تنشأ من المبادئ الدستورية إلا يمس المرء في شخصه أو ماله إلا وفق القانون أو بموجب الوسائل القانونية السليمة [(2)].

وقد يفرض المشرع علي الإدارة قبل إصدار قرار معين القيام بإجراءات تمهيدية كإعلان ذي الشأن وسماع أقواله حتي يجابه بالشئ المأخوذ عليه، وأن يعطي الفرصة الكافية لتقديم دفاعه أو محاولة الإتفاق الودي معه وإتمام بعض الإجراءات العلنية، وهذا ما يعرف في الفقه الإنجليزي بحق السماع.

[(1)] د. طلعة الجرف، قضاء الإلغاء دار النهضة العربية 1977م، ص 271.

[(2)] د. سليمان الطماوي القرارات الادارية – مرجع سابق، ص 87.

وللمحكمة العليا في السودان قضاء غني فيما يتعلق بالتمسك بحق السماع، فالقرار يكون باطلاً إذا لم يجد الشخص الفرصة لتقديم دفاعه بإعتبار إن ذلك من عيوب الشكل، فقرر قضاء المحكمة العليا في هذا المبدأ في قضية الهيئة المركزية للمياه والكهرباء – ضد– محمد حامد احمد، والتي تتلخص وقائعها بأن الطاعن قدم كمتهم لمجلس محاسبة وأن إجراءات مجلس المحاسبة كانت مختصرة بشكل أهدر حق المتهم في الدفاع عن نفسه مما يعد عيباً شكلياً في القرار[1].

وقضت المحكمة العليا في سابقة –أحمد محمد الحسن– ضد –عبد الله الخليفة محمد، أن الفصل في التظلم من القرار الإداري دون سماع الطرف الآخر يعد مخالفة للشكل مما يؤدي إلي بطلان القرار.

وجاء في قضاء المحكمة العليا في سابقة لجنة مسجد الفكي خليل بالجريف شرق – ضد – قرار نائب والي ولاية الخرطوم، إن قرار الوالي المطعون فيه جاء مخالفاً للقاعدة العدل الطبيعي حيث إنه لم يسمع الطرف الآخر، أشارت المحكمة العليا إلي أن هذه لقاعدة راسخة في الشريعة الإسلامية، ويظهر ذلك في حديث الرسول صلي الله عليه وسلم لعلي كرم الله وجهة عندما أرسله قاضياً إلي اليمن (لا تقض لأحد الخصمين حتي تسمع الآخر)[2].

ومن صور عيب الشكل عدم مراعاة قاعدة الحياد، وهي قاعدة ثابتة وراسخة في القانون السوداني، فلا يجوز ان يكون الشخص خصماً وحكماً في آنٍ واحد، وليس للمرء ان يقضي في شئ له فيه مصلحة، ومن السوابق القضائية التي رسخت في مبدأ الحياد، سابقة حكومة السودان/ضد/زهراء آدم عمر[3]، حيث ذكر القاضي عبدالمجيد إمام في تلك القضية ضرورة التمسك بعنصر الحياد لا في محاكمة الدعوى أمام المحاكم فحسب، إنما أيضاً في إصدار القرارات الإدارية، فقرر القاضي عبدالمجيد

---

(1) مولانا / محمد محمود ابو قصيصة – مرجع سابق، ص 73.

(2) رواه الترمذي في تاربع الأحكام، ج 56 راجع الطعن م ع / ط أ س / 20 /1996م غير منشورة.

(3) المجلة القضائية، 1975م.

إمام إبطال التحريات بناء على هذه القاعدة حيث لمس مظنة التأثير بأمور تؤدي إلى فقدان عنصر الحياد[4]

وفي القانون الأمريكي تستند رقابة المحاكم القضائية علي التصرفات الإدارية إلي النصوص الدستورية التي تستلزم في التقاضي ضمانات خاصة " Due process of law"– والتي أهمها أن لا يحرم شخص من حريته أو ملكه إلا بناء علي دعوى عادلة، وتطبيق هذا المبدأ في القانون الإداري أدي ضرورة سماع الأفراد ومناقشتهم قبل إصدار قرارات إدارية تتعلق بهم، وصدر بناء علي ذلك قانون يحكم التصرفات الإدارية في سنة 1946م Administrative procedure وكل مخالفة لهذا القانون يجعل التصرف الإداري باطلاً .

ثانياً : تسبيب القرارات الإدارية :

قد جرت لغة الأحكام علي أن الإجراءات والشكل مصطلحاً لمدلول واحد، وقد يكون هذا الاتجاه صحيحاً عندما نقصد بالإجراءات معناها الواسع بحيث تشمل شكل القرار، غير أن ذلك لا ينفي أن للشكل مدلوله الخاص الذي أستقل به، فشكل القرار هو صورته التي يظهر فيها، فصدوره شفاهةَ أو كتابة، مسبباً أو غير مسبب، موقعاً عليه، مثبتاً فيه تاريخ الصدور وتضمينه النصوص التي يستند إليها من الناحية القانونية كلها أمور تعني شكل القرار، وتتميز في ذاتها عن الإجراءات التي تسبق إصدار القرار أو تلي هذا الإصدار، فالتسبيب إذن هو أحد مظاهر الشكل الذي يظهر فيه القرار الإداري [1].

ويجب التنبيه للتفرقة بين السبب والتسبيب، فالتسبيب شرط شكلي في القرار وإذا إنعدم هذا الشرط يكون معيباً لعيب شكلي، ولكنه يمكن أن يقوم علي سبب صحيح، فالسبب هو حالة واقعية أو قانونية تحمل الإدارة علي التدخل بقصد أحداث

---

[4] مولانا محمد محمود أبو قصيصة، مرجع سابق، ص189.

[1] عبد الفتاح حسن التسبب كشرط شكلي، تعليق قيم علي حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في 1963/3/30م، مجلة العلوم الإدارية، السنة الثامنة العدد الثاني – أغسطس سنة 1966م، ص 169.

أثر قانوني، والسبب بهذا المعني عنصر من عناصر القرار الإداري ذاته أما التسبيب فهو شرط شكلي يجب توافرة لصحة القرار.

أخذت القوانين الوضعية مواقف مختلفة حول مدي وجوب تسبيب القرار الإداري [2].

أ.بعض هذه القوانين يوجب التسبيب بنص تشريعي عام، ويجعل منه الأصل في القرارات الأدارية، وذلك علي الأقل بالنسبة للقرارات التي تمس مصالح الأفراد [1]

ب بعض النظم القانونية لا يقتضي المشرع بوجوب تسبيب القرار دائماً أو بوجوب صدوره مسبباً إذا ما ورد في حالات عامة يعددها ولكن القضاء يغطي هذا النقص ويجعل التسبيب في القرار هو الأصل [2].

ج. وغالب النظم القانونية الأصل فيها تشريعياً وقضاءً هو إن تسبيب القرار أمرا جوازياً للسلطة الإدارية وما لم يلزمها المشرع أو القضاء بالتسبيب في حالات خاصة محددة تستخلص من مفردات النصوص التشريعية أو من مفردات الأحكام القضائية[3].

أهتم القانون الانجليزي بتسبيب القرارات الإدارية وكان من ضمن الموضوعات التي بحثتها اللجان المشكلة للنظر في السلطات الوزارية لسنة 1932م و استجابة للتوصية بأن تخول قرارات المسجل المسماه في القائمة في ذلك القانون أسباب تلك القرارات.

وبالنظر الي التشريعات السودانية نجدها قد نهجت منهجاً وسطاً، فهي لا تجعل السلطات مطلقة بدرجة تؤدي إلي القرارات الجزافية، ولكنها في نفس الوقت لا تمعن في الإكثار من الشروط الد يوانية [4].

---

[2] عبد الفتاح حسن التسبب كشرط شكلي المرجع السابق، ص 181.

[1] عبد الفتاح – التسبب كشرط شكلي ن المرجع السابق 181.

[2] عبد الفتاح – التسبب كشرط شكلي ن المرجع السابق 172.

[3] القانون التشيكي، حيث توجد محموعة من الإجراءات تستلزم تسبيب كافة القرارات الإدارية. د. عبد الفاتح حسن، مرجع سابق، ص 173.

[4] مولانا/ محمد محمود أبو قصيصة. مبادئ القانون الاداري السوداني / مرجع سابق، ص 73.

أما المحكمة العليا في السودان فقد انتهي قضائها إلي أن تسبيب القرار الإداري أمرا وجوبياً وذلك في معرض نظرة في قضية محافظ مديرية الخرطوم–ضد – بشير عبد الله السلمابي، وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن محافظ مديرية الخرطوم رفض الموافقة علي بيع قطعة أرض من أراضي ذوي الدخل المحدود، منحت له بموجب عقد حكر وهو صاحبها الأول وقضت المحكمة العليا ببطلان قرار المحافظ الذي لم يبدأ أسباباً لذلك[3].

كما قررت المحكمة العليا في سابقة أحمد محمد حسن – ضد – عبد الله الخليفة محمد [1] "يبطل القرار إن لم يحتو علي اسبابه"، إلا أننا نري أن المحكمة العليا قد خلطت خلطاً وإضحاً . بين تسبيب القرار كشرط شكلي، والإفصاح عن الأسباب التي دعت مصدر القرار لإصداره، وهو السبب كعنصر من عناصر القرار الإداري، فإذا لم تسبب الإدارة قراراتها فهذا ليس معناه أن قراراتها تقوم علي أسباب صحيحة [2].

الحكمة من تسبيب القرار الاداري :

تظهر حكمة تسبيب القرار الاداري فيما يلي:

1. بالنسبة لجهة الادارة مصدرة القرار، يقوم التسبيب بذات الوظيفة التي يقوم بها تسبيب الحكم بالنسبة للقاضي، فهو مدعاة إلي التأني والروية وضمان السلامة في لحظات الغضب والثورة [3].
2. إن التسبيب يُعرف بالأسباب الحقيقية التي دفعت إلي إصدار القرار الإداري.
3. إن التسبيب يضمن تناسق سلوك الإدارة في المواقف المشابهة، ذلك إنها متي سببت قراراتها تكون قد ألزمت نفسها بإصدار القرار ذاته إذا ما ظهرت مستقبلاً ذات الأسباب.

[3] مجلة الأحكام القضائية 1981م، ص 192.

[1] مجلة الاحكام القضائية 1981م، ص 354.

[2] عبد الفتاح حسن، مرجع سابق، ص 181.

[3] د. عبد الفتاح حسن، التسبيب كشرط شكلي، مرجع سابق .ص 175.



4. أما بالنسبة للشخص الذي يواجه بالقرار الإداري فإن التسبيب يتيح له الفرصة لمعرفة سبب القرار مما يجعله يستطيع معالجته في المستقبل لتدارك ما فاته إن كان لذلك سبيل، كما يسهل له إذا لم يقتنع بالقرار الطعن للجهة التي رسم القانون حق الطعن لها علاوة علي أن معرفة الأسباب تسهل مهمة الإثبات أمام القضاء وذلك بالتدليل علي أن القرار مبيناً علي أسباب واهية.

5. التسبيب يساعد القاضي في تركيز رقابته علي مشروعية القرار.



كيف يكون التسبيب :

1. ليس للتسبيب صورة محددة فإن صياغة القرار الإداري لا تمثل بأي حالة من الأحوال صياغة الحكم القضائي، فالإدارة لا تلزم بذلك – يكفي أن يؤشر الموظف المختص بإصدار القرار علي مذكرة مسببه بما يفيد اعتماد الرأي الوارد بها ويعد هذا تسبيباً للقرار [1].
2. يجب توافر التسبيب عند إصدار القرار، فإذا ما صدر القرار فعلاً غير مسبب كان معيباً في شكله ولا يغطي هذا العيب ذكر أسباب القرار بعد ذلك عند إخطار صاحب الشأن، كما لا يصحح القرار غير المسبب عودة الإدارة في قرار تكميلي إلي ذكر أسبابه، فيعد هذا القرار التكميلي قرار إدارياً جديد سليماً في شكله ويترتب آثاره من تاريخ صدوره، ولكنه لا يصح القرار بأثر رجعي.
3. يجب أن يكون التسبيب كافياً بحيث يسمح بتحقيق الغرض منه، فالتسبيب الناقص مثله مثل عدم التسبيب .

غالب الأنظمة القانونية تنص تشريعاتها علي وجوب تسبيب بعض القرارات الإدارية والسكوت عن بعضها الآخر، إلا أننا نجد في القانون السوداني التزاماً قانونياً يفرضه القضاء علي الإدارة لكي تسبب قراراتها الإدارية ويقرر بطلان القرارات غير المسببة تسبيباً كافياً، وفي رأينا يجب أن يكون ذلك الالتزام القانوني مبيناً علي نص تشريعي يفرض علي الإدارة تسبيب قراراتها بالرغم من أن ذلك سوف يجد معارضة من السلطات الإدارية، فإن عدم التسبيب يترك للإدارة مجالاً مفتوحاً تتبختر فيه كما تشاء، فالتسبيب يفرض علي الإدارة الترتيب والنظام في الحركة والأداء، كما إن التسبيب يجعل القرار عند الكافة واضحاً وفهوماً ومبرراً .

---

[1] . د. عبد الفتاح حسن، التسبيب كشرط شكلي، مرجع سابق .ص 184.



المبحث الثالث
عيب مخالفة القانون

الرقابة القضائية فيما يتعلق بقواعد الإختصاص والشكل رقابة خارج فحوي "محل" القرار المطعون فيه، إما فيما يتعلق بعيب مخالفة القانون فإن الرقابة توصف بأنها موضوعية تستهدف مطابقة محل القرار " وهو الأثر القانوني الذي يترتب عليه حالاً مباشرة)لأحكام القانون والتأكد من أن محل القرار وممكناً وجائزاً قانونياً وقائماً علي سبب قانوني يبرر صدوره [1].

ويقصد بالقانون هنا مدلوله الواسع، وليس القانون باعتباره قاعدة عامة ومجردة ويتسع مدلوله ليشمل المراكز القانونية التي يترتب عليها آثار قانونية وعلي هذا الأساس يلزم إن تصدر القرارات الإدارية مطابقة للتشريعات النافذة وللعرف والأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه للقرارات الإدارية السابقة [2].

لذلك يمكن أن نقرر أن اصطلاح "مخالفة القانون " هو اصطلاح له مدلول واسع لأن العيوب الأخري هي أيضاً تتضمن مخالفة للقانون الذي يحدد في نهاية الأمر الشكل الذي يجب أن يصدر فيه العمل والغرض الذي يهدف إلي تحقيقه.

صور عيب مخالفة القانون :

يتخذ عيب مخالفة القانون إحدي ثلاثة صور :

أولاً : المخالفة المباشرة للقانون :

الإدارة في هذه الصورة من مخالفة القانون تتجاهل القاعدة القانونية الملزمة لها فتصدر أعمالاً مخالفة للقانون سواء عن جهل أو عمد بأحكام القانون مثل ذلك

---

[1] ظ. طعيمة الجرف / قضاء الالغاء مرجع سابق، ص 252. د. سليمان الطماوي دعوي الالغاء مرجع سابق، ص 636.

[2] د. الطماوي دعوي الالغاء مرجع سابق، ص 637 د. محمود عاطف البنا، القضاء الإداري مرجع سابق، ص 266. ود. الطماوي، دعوي الإلغاء، مرجع سابق، ص 608 .

رفض الإدارة منح أحد الأفراد ترخيصاً بالرغم من توافر كافة الشروط التي يتطلبها القانون لمنح ذلك الترخيص.

ثانياً : الخطأ في تفسير القانون :

الإدارة في هذه الصورة لا تتنكر للقاعدة القانونية وتتجاهلها كما في الصورة السابقة، وإنما تعطي القاعدة القانونية معني غير المقصود قانوناً ويطلق علي هذه المخالفة الخطأ القانوني والذي يأخذ ثلاثة أشكال [1].

1. غير متعمد من جانب الإدارة وإنما يبرره غموض القاعدة القانونية وعدم وضوحها وإحتمال تأويلها إلي معان متعددة.
2. متعمداً حين تكون القاعدة المدعي مخالفتها من الوضوح بحيث لا تحتمل الخطأ في التفسير بالرغم من ذلك تتعمد الإدارة التفسير الخاطئ.
3. محاولة الإدارة مد نطاق القاعدة القانونية وسحب حكمها لحالات لا تشملها.

ثالثاً : الخطأ في تطبيق القانون "عيب السبب" :

لابد لكل قرار إداري من وقائع مادية وقانونية هي الباعث في تحرك جهة الإدارة لإتخاذه، وهو ما أصطلح عليه بعنصر السبب في القرار الإداري إذا ثبت إن هناك خطأ في الحالة الواقعية التي دفعت لاتخاذ القرار فإن سبب القرار الإداري يصبح غير مشروع جاز الطعن فيه بالإلغاء[2].

والقضاء لايقف مكتوف الأيدي في التكييف القانوني للوقائع من قبل جهة الإدارة، فلابد أن يتحقق من إعطاء الوصف القانوني الصحيح لهذه الوقائع.

ولكن ليس للقضاء أن يراقب ملاءمة القرار الإداري إذا ثبت صحة وسلامة وصفها القانوني، لأن هذه الملاءمة من إختصاص جهة الإدارة [3]

---

[1] د. سليمان الطماوي، القاضي الاداري، مرجع سابق ص 262 د. محمود عاطف البناء القضاء الاداري مرجع سابق 263.

[2] د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة الإدارية علي أعمال الإدارة في القانون الليبي، منشورات مجمع الجامعات

[3] سابقة قضية ابراهيم الحضر / صد/ جامعة ام درمان الإسلامية، المجلة القضائية، مرجع سابق، ص 271.



ويقرر قضاء المحكمة العليا في السودان إذا ما أسس الطعن في القرار الإداري علي مخالفة القانون، يتعين توضيح ذلك القانون في عريضة الدعوى، جاء ذلك في سابقة أسحاق الطيب احمد وآخرون – ضد – وزارة الإسكان[4].

حيث ذهبت المحكمة العليا إلي أن المطلوب في مذكرة الإدعاء هو الوقائع فقط وليس القانون، فقد يكون القانون مسألة وقائع من ناحية وجود أو عدم وجود ذلك القانون المدعي به، أما حيث أن تكون مخالفة القانون نفسه مسألة جوهرية في الدعوى فإن علي المدعي إيراد أسم القانون والنص المعتمد عليه عند إعداد مذكرة إدعائه.

---

[4] مجلة الأحكام القضائية 1992م، ص .



المبحث الرابع
عيب الإنحراف بالسلطة
(إساءة استعمال السلطة)

تعريف عيب الإنحراف بالسلطة :

أن تعبير "الإنحراف" أقرب إلي الدلالة علي هذا العيب من " سوء استعمال السلطة أو التعسف في استعمال السلطة "لأن هذا العيب ينص أولاً وأخيراً علي الهدف الذي تسعي إليه الإدارة وسوء توجيهها لسلطاتها، ويفهم من التعبير الثاني أن الإدارة تلجأ إلي هذه العيب حينما تكون سيئة النية وتهدف إلي أغراض سيئة، وأن تعبير الإنحراف أوسع مدي لإتساعه لصور تكون فيها الإدارة قد أصدرت قرارها عن أنبل الإغراض ومع ذلك يعد عملها معيباً لمخالفتها لمبدأ تخصيص الأهداف [1].

ويقصد بعيب الإنحراف بالسلطة خروج جهة الإدارة عند مباشرتها لأوجه نشاطها عن هدف الصالح العام أو عن الأهداف التي ينص عليها المشرع عند تحديده لإختصاصاتها، يتعلق هذه العيب بركن الغاية في القرار الإداري [2] .

والانحراف بالسلطة عيب مستقل عن عيوب مجاوزة السلطة، ويتميز عن عيب الإختصاص إذ يتعلق بالهدف ويعتبره البعض مكملاً له بإعتبار أن الخروج عن الاختصاص يمثل إساءة لاستعمال الاختصاص [3].

وعيب الانحراف بالسلطة وثيق الصلة بنظرية السبب إلا أننا ومن الناحية النظرية يمكن أن نفرق بين الغاية والسبب، فالسبب ذو سمة موضوعية ويتعلق بحالة أو موقف واقعي أو قانوني، أما الغاية فهي أمر ذاتي يصبوا إليه مصدر القرار ويؤول إلي تحقق فكرة موضوعية هي المصلحة العامة [4].

---

(1) سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مطبعة دار النشر الثقافية 1957م، ص 53.

(2) د. عبدالله الحراري الرقابة علي أعمال الإدارة في القانون الليبي، مرجع سابق ص 237.

(3) مولانا / محمد محمود أبو قصيصة، مبادئ القانون الإداري السوداني، مرجع سابق، ص 73.

(4) د. محمد مصطفي حسن، المرجع سالف الذكر، ص 9.

وفي نظر بعض شراح القانون الإداري وفي مقدمتهم الفقيه الفرنسي (بونار) أن ثبوت الانحراف دليل علي عدم توافر السبب أو الأساس القانوني بطريق مباشر، فالقضاء إذا إمتنع عليه – لسبب ما – فحص الأسباب إنتهي حتما إلي حقه في بحث ركن الغاية والتي لا يجوز الخلط بينها وبين التكييف، وألا إنتهينا إلي إزالة الحاجز بين السبب والغاية لما قد يؤدي إلي مصادرة السلطة التقديرية [1].

وهكذا يصبح ركن الغاية هو الحد الذي تقف عنده حرية الإدارة ويبدأ الإنحراف[2].

عيب الانحراف يتعلق بنية مصدر القرار الإداري :

عيب الإنحراف بالسلطة يلحق بركن الغاية في القرار الإداري بالتالي يتعلق بالنواحي النفسية والقصدية للجهة الإدارية مصدرة القرار، وبالدوافع المستتره التي دعتها لإصداره، فالقرار المعيب بالإنحراف بالسلطة هو قرار سليم بالنسبة لجميع أركانه الأخري فيما عدا ركن الغاية، ومن هنا تظهر خطورة عيب الأنحراف لأن الإدارة من مظهر المشروعية تحاول تحقيق أغراض غير مشروعة.

يجب أن يتوار قصد الانحراف بالسلطة لدى الإدارة عند إصدارها لقرارها، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر (... عيب إساءة استعمال السلطة من العيوب القصدية، قوامه أن يكون لدى الإدارة عند إصدارها للقرار إساءة استعمال السلطة والإنحراف بها، ولا وجه للتحدي في إثبات هذا العيب بوقائع عامة بعيدة عن الغاية من القرار)[3].

عيب الأنحراف عيب احتياطي لإلغاء القرار الإداري :

---

[1] د. محمد مصطفي حسن الاتجاهات المعاصرة في الانحراف بالسلطة بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الثالث السنة الثالثة والعشرون يوليو سبتمبر 1979م، ص 8 وما بعدها.

[2] د. سليمان الطماوي، التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 288.

[3] المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1074، بتاريخ 1993/11/22، د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سابق، ص55.



الإنحراف عيب احتياطي لدي غالبية الشُّراح والتمسك به يعني براءة القرار من العيوب الأخري، فإذا شاب القرار عيب آخر تعين بحثه دون الانحراف ويترتب علي ذلك اعتبار أن الإنحراف هو الحد العام للسلطة التقديرية، بحيث لا يكون بحثه مفيداً إلا في مجال العناصر التقديرية في القرار بمعني أن الغاية هي الحد الخارجي للسلطة التقديرية [1].

عيب الانحراف و السلطة التقديرية للإدارة :

السلطة التقديرية كما قدمنا تمثل الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة القاضي والمشرع علي السواء. ذلك لأن القاضي شأنه شأن المشرع، لا يستطيع أن يقدر جميع أوجه مناسبة القرار الإداري، ولكن ما هي حدود هذه السلطة إذا وضعنا في الاعتبار أن عيب الانحراف يتلخص في تعدي الإدارة لحدود سلطاتها التقديرية.

فالإدارة لا يمكن أن تكون لها سلطة تقديرية في التزاماتها القانونية في حالة تحديد أختصاصاتها بصورة محددة، والإيثار في هذه الحالة عيب الإنحراف، فالعيوب التي تلازم السلطة المقيدة هي عيوب الاختصاص والشكل ومخالفة القانون حيث يفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس أن الأهداف الإدارية تتحقق باستمرار إذا اقتصر رجل الإدارة على تنفيذ الواجبات القانونية تنفيذاً دقيقاً .[2] وتكون لها السلطة التقديرية في حالة عدم تحديد مناسبة اتخاذ قرار معين في صورة بعينها أو اتخاذه في وقت معين، فهي ملزمة بما هو عادل ولكنها حرة فيما هو صالح [3].

ولكن لابد لنا أن نرسم وبصورة دقيقة حدود مجال السلطة التقديرية وأستصحاب أن السلطة التقديرية لا يمكن أن تنصب علي العمل الإداري في جميع

---

[1] د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة علي أعمال الإدارة في القانون الليبي، مرجع سابق، ص 237.

[2] سليمان الطماوي، دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص 863.

[3] سليمان الطماوي، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 36.



عناصره، وأن كل عمل إداري يحتوي علي بعض العناصر التقديرية التي تختلف إتساعاً وضيقاً لظروف كل عمل إداري [4].

ويمكن القول بأن عيب الإنحراف ملازم للسلطة التقديرية، وقد يوجد إذا وجدت ولكنه ينعدم حتماً إذا إنعدمت [5].

ولقد أكد قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا المبدأ بقولها (...ومن حيث أن عيب الإنحراف بالسلطة يعتبر ملازماً للسلطة التقديرية الممنوحة لجهة الإدارة وفي حدود ما تمليه مقتضيات الصالح العام، تحقيقاً لحسن سير المرافق العامة، فإنه يتعين أن تمارسها بمعيار موضوعي يتفق وروح القانون)[1].

أنواع الانحراف:

يمكن تقسيم الانحراف بالسلطة من حيث اتصال الغاية التي استخدمها القرار الإداري إلي قسمين:

الأول أوجه الانحراف بالسلطة المنفصل عن النشاط الإداري، والثاني أوجه الانحراف المتصل بالنشاط الإداري.

أولاً : أوجه الإنحراف بالسلطة المنفصل عن النشاط الإداري.

1. مبدأ تخصيص الأهداف.

في بعض الأحيان لا يكتفي القانون بتحقيق الصالح العام بل قد يخصص هدفاً معيناً يجعله نطاقاً لعمل إداري معين، ففي هذه الحالة لا يستهدف القرار المصلحة العامة فحسب، بل أيضاً الهدف الخاص الذي عينة القانون، فإذا خرج القرار عن الغاية كان مشوباً بعيب الإنحراف[2].

---

(4) المرجع سالف الذكر، ص 37.

(5) المرجع سالف الذكر، 37.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا (مصر) في 1972/6/11، د.عبدالعزيز عبدالمنعم، مرجع سابق، ص59.

(2) قضاء الإلغاء. مرجع سابق، ص 259.



وقد يستخلص الهدف المخصص من روح التشريع أو طبيعة الاختصاص والسلطة والأمر هنا متروك لتفسير القاضي وإستخلاصه لمراد المشرع [3].

والإنحراف عن الهدف له صورتين :

1. قد يهدف رجل الإدارة إلي تحقيق غرض لم ينط به، فإمتناع الإدارة من تقديم خدمات معينة إلا بعد قضاء حقوق جهة أخري لم ينص القانون علي ذلك، فيه إنحراف عن الهدف المخصص [4].
2. قد يهدف رجل الإدارة إلي تحقيق الأهداف المطلوبة قانوناً ولكن بغير الوسائل التي حددها القانون [1].

وخروج الإدارة عن الأهداف المخصصة يعيب تصرفها بعيب الإنحراف وإن كانت هذه الجهة الإدارية تستهدف من تصرفها أهدافاً أخري لا تتعلق بالصالح العام، وهذا ما أشارة إليه المحكمة العليا في قضية محمد عبد الله ميشاوي – ضد – لجنة قبول المحامين، حيث رأت ضرورة الوصول إلي قصد المشرع إذا كان المحامي قد تعرض لمجلس محاسبة فإن هذا لا يمنعه من تقديم طلب جديد لتنظر فيه اللجنة وتقرر إذا ما كان جدير بأن يدرج في قائمة المحامين، فليس غرض المشرع في قانون المحاماة، حرمان الشخص من وسيلة كسب عيشة طيلة حياته[2].

وجاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بصدد تخفي مجلس نقابة المحامين بإجراء نقل المحامي إلى جدول غير المشتغلين وذكرت المحكمة قائلة: (إلا أنه يخفي بين أعطافه وينطوي في مكمنه على قرار عقابي يستهدف منع الطاعنين

---

(3) راجع حكم محكمة الإستئناف العليا بالخرطوم رقم 85/23 المجلس ضد– ايفا انجليوس، أشهر الإدارية والدستورية في السودان، هنري رياض واخر، مرجع سابق، ص 179.

(4) د. محمد مصطفي حسن، الاتجاهات المعاصر النظرية الانحراف بالسلطة، المرجع السابق، ص 10.

(1) المرجع السابق نفسه، ص 10.

(2) مجلة الأحكام القضائية 1968م، مولانا ؟/ محمود أبو قصيصة، المرجع السابق، ص 75.



من مزاولة المهنة، نكالاً لما بدر منهم من خلافات ومنازعات قضائية مع مجلس النقابة وهي عقوبة لا يملك مجلس النقابة توقيعها[3].

ومن التطبيقات الشائعة لمخالفة قاعدة تخصيص الأهداف نقل العاملين لإدارات ومواقع غير التي يشغلونها بدلاً من توقيع الجزاءات التأديبية، وهو ما يطلق عليه بالجزاءات التأديبية المقنعة أو المستترة وراء ستار تنظيم العمل في الإدارات والمصالح والمرافق العامة[4].

وقد يكون الانحراف بالسلطة في أخذ جزء من التشريع دون الأخر وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا أيضاً في قضية مجلس شعبي المدينة عرب / ضد / الطيب دفع الله حيث جاء في حيثيات حكمها إن للمحكمة حق إخلاء أي شخص يشغل أي أرض مسجلة باسم حكومة السودان، إلا أن نفس القانون قد أجاز للحكومة أن تحكم بالتعويض المناسب أو تعالج الموضوع وفقاً لما تراه عادلاً، وتوصلت المحكمة في خاتمة المطاف إلي أن القانون قد أعطي للحكومة الحق بأن تخلي الأرض ولكن نفس القانون يراعي وضع البدائل وتعويض المواطن وإلا إعتبر ذلك إنحرافاً بالسلطة[1].

الإنحراف بالإجراءات:

تتحقق هذه الصورة من صور الإنحراف عندما تخرج الإدارة عند إصدار قرار معين عن الإجراءات التي يقررها القانون، ولقد ألمحت المحكمة العليا لهذه الصورة من صور الإنحراف بالسلطة في قضية الهيئة المركزية للمياه والكهرباء – ضد – محمد أحمد حامد، حيث رأت المحكمة إلغاء إجراءات مجلس التأديب بسبب انها مختصرة بشكل أهدر حق المتهم في الدفاع عن نفسه بالركون إلي إجراءات تحقيق أجريت بموجب قانون آخر وهو قانون لجان التحقيق لسنة 1954م وهو أمر لا تبني

---

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1991/3/4، د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص741.

(4) د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص741.

(1) المجلة القضائية، نشرة الأحكام الرباعية، يناير، مارس، 1985، ص61.

عليه الإدانة عند عدم إعطاء الفرصة للمتهم لمناقشة شهود الإثبات وعدم سماع شهود دفاعه [2] .

إلا أن جانباً من الفقه يرى أن هذه الصورة لا تختلف عن حالات مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف بحجة أن المشرع عندما يقرر بعض الإجراءات الإدارية بصدد اتخاذ قرارات إدارية معينة، فإنه يستهدف من هذه الإجراءات غرضاً معيناً، ومن ثم فإن استعمال إجراءات ما في غير مجالها واستبدالها باخرى هو خروج عن الأهداف المخصصة للإجراءات الاولى[3]، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر (... وذلك بأن تخفي الإدارة المضمون الحقيقي للقرار تحت مظهر غير صحيح بان تلجأ إلى إجراء قرره القانون لأهداف معينة، لتصدر به قراراً لهدف آخر كانت تقصده ابتداءًمن أول الأمر، وذلك إما للتخلص من شكليات حددها القانون لا ترغب جهة الإدارة الالتزام بها، او إلغاء ضمانات قررها المشرع لصاحب الشأن وتريد الإدارة أن تتلافاها وهي إمور تؤدي إلى ثبوت الإنحراف بالسلطة في إجراءات وهدف القرار المطعون فيه مما يبطله ويوجب إلغاءه)[1].

ثانياً : أوجه الإنحراف بالسلطة الخارجة عن النشاط الإداري (الإنحراف عن المصلحة العامة):

فكرة الصالح العام:

إن الصالح العام فكرة نسبية زماناً ومكاناً، فلا يوجد لها تعريف جامع مانع، فهي فكرة يمكن الوعي بها في ضمير كل فرد وكل جماعة دون حاجة إلى صياغتها في عبارات محددة، وتترك لضمير القاضي الإداري في رقابته للمشروعية الإدارية[2].

في الغالب أن القانون لا يحدد هدفاً معيناً للقرار الإداري إلا تحقيق غايات الصالح العام، والإدارة هنا لها السلطة التقديرية في إختيار السبب الذي يستند عليه القرار، وقد تستهدف الإدارة من إصدارها لقرارها تحقيق هدف لا يمت إلي المصلحة

---

[2] مجلة الأحكام الاقتصاد 1973م. ص 85 / مولانا محمد أبو قصيصة، مرجع سابق، ص 71.

[3] د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص739.

[1] حكمها في 1994/2/22. د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص740.

[2] د.عبدالعزيز عبدالمنعم، مرجع سابق، ص150.

العامة بصلة، أوجه الإنحراف التي تجانب الصالح العام هي تلك التي تستهدف غايات شخصية ترمي إلي الإنتقام والتشفي وإلي تحقيق نفع شخصي لمصدر القرار أو للغير أو لأغراض سياسية، وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في قضية محافظة الخرطوم – ضد بشير السلمابي، حيث ذكرت المحكمة في حيثياتها (تسبيب الإدارة لقرارها يضعها في مأمن من ناحية الباعث ويكفيها شر الإتهامات وراء القرارات التي تتم عن بواعث غير سليمة)[3] .

وتتحقق صورة الانحراف عن المصلحة العامة إذا أصدرت الإدارة قراراً لا يمت بصلة للصالح العام ومن تطبيقات هذه الحالة:

1- استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي أو فيه محاباة للغير، ومن أمثلة تلك الحالة في القضاء الفرنسي أن أحد العمد قد أصدر قراراً بتحريم الرقص في دور الرقص خلال فترات معينة بحجة أن ذلك يصرف الشباب عن العمل، وعند فحص القرار بواسطة مجلس الدولة الفرنسي (القاضي العام في المنازعات الإدارية) اتضح أن الهدف الحقيقي من قرار العُدة لم يكن حماية الشباب وتحقيق المصلحة العامة كما إدعى، إنما لحماية المقهى الذي يملكه من منافسة هذه المراقص التي تجذب الشباب إليها.

2- مباشرة السلطة بقصد الانتقام او الإضرار بالغير في هذه الحالة تستعمل الإدارة السلطات الممنوحة لها لتحقيق النفع العام إلا أنها تحدث أذى وشراً لفرد موجهة له القرار الإداري بقصد الإنتقام والتشفي، وقضت محكمة القضاء الإداري في هذا الشأن بقولها (متى شف القرار الإداري عن بواعث تخرج به عن استهداف الصالح العام

---

[3] مجلة الأحكام القضائية 1982م، ص 286.

المجرد إلى شفاء غلة أو إرضاء هوى في النفس، فإنه يكون منحرفاً عن الحيادة مشوباً بإساءة استعمال السلطة[1].

3- استهداف أغراض سياسية أو حزبية: وتتحقق هذه الحالة من مجانبة المصلحة العامة في إصدار القرار الإداري بباعث حزبي أو سياسي.

رقابة عيب الإنحراف :

الرقابة الخلقية ورقابة المشروعية :

يجب أولاً التمييز بين فكرتي " التجاوز في استعمال السلطة" و " مخالفة القانون بمعناها العام " ففكرة التجاوز في إستعمال السلطة تشتمل علي مبدأ أصيل يجب إلا يعمل لما يتميز به من مرونة فائقة لا نجدها في مبدأ المشروعية[2].

بالرغم من أن إصطلاح المصلحة العامة يقابل اصطلاح المصلحة الخاصة، إلاّ أن التعارض بينهما ليس بالأمر الحتمي، فقد تدخل المصلحة الخاصة في تركيب المصلحة العامة باعتبارها أحد عناصرها أو مكوناتها، فلا يمكن القول بتحقق المصلحة العامة بمحاربة المصالح الخاصة، كما أن قواعد القانون الإداري لا تخول للإدارة التدخل في شئون الأفراد بالتسلط والقمع تحقيقاً للمصلحة العامة، بل أن قواعد القانون الإداري هي نقطة التوازن بين المصالح العامة والمصالح الخاصة عند تصارعها.

كما أننا لا يمكن أن نقول أن المصلحة العامة هي مجموع المصالح الخاصة إذ من المحتم وقوع التعارض والتناقض بين المصالح الخاصة، وعلى العكس من ذلك فليس من المنطقي الإدعاء بتعدد المصالح العامة وإن صح تعددها وتنوعها إلا أن ذلك لا يعني عدم تعارضها وعلى جهة الإدارة سلطة تقديرية لاختيار وتغليب أفضلها[1].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1954/9/19م. د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص732.

[2] سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مسابق، ص 37.

[1] د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص251.

فإذا كان مبدأ المشروعية لا يعني أكثر من بأن تخضع الإدارة للقاعدة القانونية، ويصدق القول بأن مبدأ المشروعية وهو بوليس النظام القانوني وليس بوليس القضاء والإدارة، فالتجاوز في إستعمال السلطة نوع من أنواع الجرائم التأديبية لا ترتكب ضد القانون التشريعي ولكن ضد قواعد الوظيفة أو المهنة، لذلك ففكرة التجاوز في إستعمال السلطة أوسع من فكرة مبدأ المشروعية لأنها تتبع الأخلاق والتي هي أوسع من مدلول القانون لذلك فأن رقابة عيب الإنحراف هي رقابة خلقية لأن حكم تقدير الأغراض حكم أخلاقي، والذي جعل رقابة عيب الإنحراف رقابة خلقية هو طابع الخفاء والإستتار لهذا العيب علاوة علي الحرية النسبية التي يتمتع بها رجل الإدارة آزاء التصرفات التي يشوبها هذا العيب، فعلي القاضي أن يلجأ إلي قواعد الأخلاق في حالة إنعدام النص حتي تصبح هذه القواعد عند تطبيقها مبادئ قانونية [2].

فالرقابة ترد على اخلاقيات الإدارة أي حسن السلوك الإداري، وهي قواعد كما اسلفنا يحدد نطاقها ومداها القضاء الإداري وتتكون من التطبيق اليومي للعمل الإداري داخل كل جهة إدارية.

وينتقد الفقه هذا الإتجاه تأسيساً على أن خروج رقابة عيب الإنحراف عن رقابة المشروعية يجعل من القضاء الإداري سلطة رئاسية للإدارة إذ لا تزال طبيعة رقابة عيب الإنحراف توصف بأنها رقابة مشروعية أي أنها تدخل في نطاق مخالفة القانون أو روح القانون، فعيب الإنحراف بالسلطة ما هو إلاّ استعمال للقانون بقصد الخروج على القانون وبهذه المثابة تكون إساءة استعمال السلطة ضرباً من تعمد مخالفة القانون مع التظاهر باحترامه، فهي لا تخرج عن كونها مخالفة متعمدة لأهداف القانون بل وللقانون ذاته، لتندر التفرقة بين نصوص القانون وأهدافه، فمخالفة الهدف في كل الأحوال هي خروج على القانون، كل ما في الأمر أنه من العيوب الخفية الذى قد تستره بعض مظاهر المشروعية[1].

---

[2] د. مصطفي حسن، الاتجاهات المعاصرة، لنظرية الانحراف بالسلطة، مرجع سابق، ص 8 وما بعدها

[1] د.مصطفى أبو زيد، مرجع سابق، ص845.

ويرى جانب آخر من الفقه أن هذه الفكرة ، لا يمكن رفضها، فالقاضي الإداري إستناداً إلى المبادئ القانونية العامة وروح القانون وحرصاً منه أن تسير الإدارة في عدل وقوة، يستطيع إدخال توجيهات تتعلق بالأخلاق في مجال المشروعية، فإذا كان من وجهة نظر المشرع ان إساءة استخدام السلطة فالإنحراف بها يُعد نوعاً من عدم المشروعية ولكن ذلك لا يمنع من وجهة نظر القاضي من إدخال بعض المبادئ الأخلاقية التي يقدر ضرورة احترامها في إطار المشروعية[2].

ونلخص مما تقدم أن دعوى التجاوز ليست مجرد دعوى مخالفة القانون بمعناه العام، أنما أوسع مدي وأعمق لأنها لا تحكم مخالفات القانون العام بل تتعداه إلي رقابة المخالفات والتوجيهات والقواعد الوظيفية التي تولد في نطاق الإدارة، وهذا يدعونا إلي القول بأن العيوب التي تخضع لمبدأ المشروعية هي عيب الشكل وعدم الأختصاص ومخالفة القانون، بينما تختص فكرة التجاوز في استعمال السلطة بعيب الانحراف والخطأ المتعلق بالوقائع[3].

---

(2) د.محمد كامل ليلة، مرجع سابق، ص211

(3) المرجع السالف الذكر، ص 8 وما بعدها.

إثبات عيب الإنحراف :

إن أوضح صفات عيب الإنحراف إنه خفي مستتر، فالقرار المشوب بعيب الإنحراف سليم في باقي نواحيه، فهو علي ظاهرة السلامة وباطنة العيب، ويوصف بأنه نوع من الرياء والنفاق يستتر خلفه رجل الإدارة [1].

لذلك يصعب إثبات هذا العيب لإتصاله بالبواعث النفسية لمصدر القرار المشوب بعيب الإنحراف. ولكي يهتدي القاضي في هذه المهمة العسيرة في الكشف عن هذه البواعث النفسية لابد من مراعاة القواعد الآتية [2].

1. الأصل في أن القرارات الإدارية تتمتع بالنسبة لغايتها بقرينة المشروعية وعلي من يدعي قيام عيب الإنحراف بالسلطة أن يقيم الدليل علي ذلك، وهذه القرينة تلازم كل قرار إداري خال من الأسباب غير المشروعة، وتبقي قائمة إلي يثبت المدعي "الطاعن " أن الأسباب التي بني عليها القرار المطعون فيه هي أسباب غير مشروعة ولا تمت إلي المصحة العامة بصلة، ولكن نظراً لأن عيب الإنحراف بالسلطة هو عيب يتعلق بالبواعث المستترة لمصدر القرار، فهو عبء شديد الوطأة على الطاعن، وعلي هذا الأساس إذا كان ملف الدعوى أو اسباب القرار المطعون فيه أو الظروف المحيطة بإصداره[3]، كافية للدلالة علي وجود هذا العيب علي القاضي أن يحكم بإلغاء القرار المشوب بعيب الإنحراف دون أن يطلب من الطاعن القيام بإثباته.
2. إن الطاعن لو ترك وشانه اعتماداً على ملف الدعوى فإنه سوف ينوء حتماً بعبء الإثبات، فبإستثناء حالة اعتراف الإدارة بخطئها وهي حالة نادرة، فإن على القاضي وحرصاً منه على إعلاء المشروعية ان يتجاوز (ملف الدعوى والركون لمجموعة من القرائن التي من شأنها التشكيك في نوايا الإدارة وسلامة

---

(1) د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال، مرجع سابق، ص 75.

(2) د. مصطفي حسن، الاتجاهات المعاصرة ونظرية الانحراف بالسلطة، مرجع سابق، ص 9.

(3) –كالمنافسات المكتوبة والمحاضر المسجلة والمراسلات والتعليمات الموجهة وغير ذلك من أوراق ومستندات من شأنها كشف نوايا الإدارة الحقيقية.

غايتها من وراء إصدار القرار[1]. ويفترض في الأدلة والقرائن التي يقيمها الطاعن لإثبات عيب الإنحراف بالسلطة أن تكون ثابته وقاطعة الدلالة علي قيام هذا العيب. وأن تكون مؤثرة في طبيعة القرار المطعون فيه، وللقضاء سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن. ويجب علي القضاء ألا يتساهل الي مجرد قبول القرائن المسببة، وإنما عليه أن يستشهد مجموعة من القرائن لا تدع سبيلاً إلي الشك في الإنحراف. ومن أهم هذه القرائن:

أ- الظروف المحيطة بإصدار القرار وكيفية تنفيذه.

ب-إنعدام الدافع المعقول المبرر لاتخاذ القرار الإداري.

ج- التمييز والمحاباة بين الأفراد.

د- اختيار الوقت غير الملائم لإصدار القرار.

3. يجب التنبيه إلي ضرورة استدعاء مصدر القرار الإداري المطعون فيه والتحقيق معه لمعرفة البواعث التي كانت من وراء إصدار القرار، مهماً علا منصب متخذ القرار، فالحكم زائل لا محالة ومصير الأمر في النهاية إلي وجه الحق وسيادة حكم القانون. والقول بأن التحقيق مع رجل الإدارة يهدر مبدأ الفصل بين السلطات – كما هو مقرر في مجلس الدولة المصري – هو قول لا سند له ويتعارض مع مبدأ سيادة حكم القانون. فلا يكفي القضاء أن يتلمس هذه الدوافع والبواعث التي صاحبت إصدار القرار من ملف الدعوي والظروف المحيطة بالقرار المطعون فيه، وإنما علي القاضي أن يأمر بإدخال خصم آخر في الدعوى وتكليف الخصوم بتقديم المذكرات التكميلية لإثبات عيب الإنحراف.

[1] د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص762.

الفصل الرابع
إجراءات رفع الطعن في القرار (الدعوى الإدارية)

طبيعة دعوى الطعن في القرار الإداري:

الطعن في القرار الإداري دعوى يرفعها صاحب الشأن من الأفراد أو الهيئات أمام المحكمة المختصة طالباً إلغاء قرار إداري مخالف للقانون.

فالطعن في القرار الإداري دعوى من حيث أنه تتبع فيه الإجراءات العادية للدعوى منذ تقديم الطلب وتبادل المذكرات وسماع الشهود وتقديم المرافعات النهائية ثم الحكم.

وأهم ما يميز هذه الدعوى (الطعن) أنها تنتمي للقضاء العيني، ذلك لأن المسألة المطروحة على القضاء هي فحص مشروعية القرار الإداري بصرف النظر عن الحقوق الشخصية لرافع الطعن، لكونها اختصاماً للقرار الإداري بقصد حماية مبدأ المشروعية[1]، وتبعاً لذلك يكون الحكم الصادر من القضاء بإلغاء القرار المطعون فيه يتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الكافة، خلافاً للقضاء الشخصي حيث لا تتجاوز الحجية فيه موضوع الدعوى وأطراف الخصومة فيها.

إلاّ أن هذا القول لا يحرم هذه الدعوى من الدخول في نطاق القضاء الشخصي لوجود فكرة الخصوم، كما أنها كغيرها من الدعاوى تحمي المراكز القانونية لأصحاب الشأن من الإعتداء عليها من قبل الهيئات العامة بمخالفة القانون.

كما يؤكد توافر صفة القضاء الشخصي السماح لطرف ثالث بالطعن في الحكم الصادر في الدعوى. واستخدام الإدارة نفسها طريق الطعن إذا ما صدر الحكم ضدها.

وهذا مما يجعلنا نتفق مع فريق آخر من الفقه بالقول أن هذه الدعوى من الدعاوى المختلطة حيث تجمع بين القضاء العيني والقضاء الشخصي.

لقد أحاط المشرع هذا الطعن بإجراءات خاصة تميزه عن الدعوى المدنية، مثل رفع التظلم إلى اللجنة الإدارية واشتمال العريضة على بيانات تختلف أو تزيد عن

---

[1] -د.طعيمة الجرف، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص29.

بيانات الدعوى المدنية كما خرج المشرع من الأفضل في تحديد مدة قصيرة لرفع الطعن.

هل لإجراءات الدعوى الإدارية خصائص ذاتية تتميز عن إجراءات الدعوى عموماً؟

في إطار الإجابة على هذا السؤال لا يغيب عن الذاكرة النص القانوني الطعن الوارد في المادة (4) من قانون القضاء الإداري لسنة 2005 والذي يقرأ كما يلي: (يتبع في رفع الطلب والفصل فيه الإجراءات المقررة كرفع الدعوى ونظرها).

ويقصد المشرع هنا الالتزام بذات القواعد القانونية الحاكمة لإجراءات الدعوى عموماً والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983 باعتباره الشريعة العامة (Common Law) لكل الدعاوى.

هل تختلف إجراءات الدعوى الإدارية عن إجراءات الدعوى العادية (الدعوى المدنية وغيرها)؟

يؤسس هذا الاختلاف على أن إجراءات الدعوى الإدارية تشيد تحت تأثير القاضي الإداري، الذي يكون مكلفاً على عكس القاضي العادي – لتحقيق نوع من المواءمة والتوازن بين المصلحة العامة ممثلة في جانب الإدارة والمصالح الخاصة للأفراد الذين يتعين حمايتهم ضد تعسف السلطة العامة[1].

والأصل أن فكرة الإجراءات في المنازعة الإدارية استمدت من الإجراءات المدنية والتي استقر الفقه على تعريفها بأنها مجموعة القواعد التي ترسم للأشخاص السبيل الواجب اتخاذه والأوضاع التي تلزم مراعاتها عند الإلتجاء إلى القضاء بقصد حماية حقوقهم أو استيفائها[2].

ويمكن التسليم بأن هناك علاقة تبادل بين الإجراءات في الدعوى الإدارية والدعوى المدنية وقد تظهر هذه العلاقة في صورة من الصور الثلاثة الآتية[3]:

---

[1] - د.حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية، عالم الكتب، القاهرة، ط1988، ص154.

2 – د.أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط8، 1965، ص20.

[3] -د.مصطفى كمال وصفي الرفاعي، أصول إجراءات القضاء الإداري، الكتاب الثاني، مكتبة الأنجلوالمصرية، 1964، ص7.



الصورة الأولي: أن تكون الإجراءات القضائية العادية (المدنية وغيرها) من الإجراءات التي لا يتصور إتباعها في الخصومة الإدارية، كميعاد رفع الدعوى واختصاص المحاكم ...الخ، حيث يحددها المشرع صراحة.

الصورة الثانية: أن تكون الإجراءات القضائية العادية، إجراءات يتصور اتباعها في الخصومة الإدارية على سبيل الاسترشاد وذلك عند سكوت المشرع عنها، وحسب طبيعة وظروف المنازعة وطبيعة العلاقات التي تميزها.

الصورة الثالثة: أن تكون الإجراءات القضائية العادية إجراءات يتصور اتباعها في كل من الخصومة العادية والخصومة الإدارية، حيث أنها لا تتعلق باختصاص محدد ولا بظروف ووقائع المنازعة، إنما تتعلق بمسائل إجرائية شكلية بحتة لا تتصل بالعمل الداخلي للقاضي (مثل القواعد المتعلقة بندب الخبراء وقواعد ترك الخصومة ورد القضاة ومواعيد الطعون ومدها والقواعد المنظمة لفقد الأهلية، نظام الجلسات وتحرير الأحكام وإصدارها).

ماهي المبادئ العامة لإجراءات الخصومة القضائية:

استقر الفقه على وجود مجموعة من المبادئ العامة التي تحكم بإجراءات الخصومة عامة ويمكن استعراضها بإيجاز لبيان مدى إمكانية اتباعها كلها أو بعضها في مجال الخصومة الإدارية.

1- مبدأ الطلب

ومقتضى هذا المبدأ، أن القاضي لا يتدخل في النزاع إلاّ بناء على طلب ذي الشأن واستمرار هذا الطلب قائماً لحين الفصل في المنازعة وأن يكون حكم القاضي في حدود هذا الطلب، ويُعد هذا المبدأ تطبيقاً لمبدأ حياد القاضي.

2- مبدأ المواجهة

المواجهة هي وسيلة توفير الحماية للمتنازعين، وتوفير الثقة والإطمئنان لديهم في عدالة الأحكام، وهذا أمر نفسي، مرده التأكد من أن كل ما يتعلق بمنازعاتهم يدار في مواجهتهم، وعدم انفراد القاضي بطرف دون آخر، ويمتنع على القاضي أن يحكم في المنازعة دون سماع جميع الأطراف.



وأن يكون من حق كل خصم أن يحاط علماً بالأوراق التي يتقدم بها الخصم المتنازع الآخر للمحكمة وإبداء ملاحظاته عليها. ويقتضي مبدأ المواجهة أن يعتمد القاضي على المتنازعين في تقديم أدلة الإثبات حيث يمنع على القاضي أن يقضي بعلمه الشخصي في المنازعة، وكذلك لا يجيز هذا المبدأ للخصم أن يبدئ في الجلسة التي يتخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو يعدل في الطلبات الأولى.

3- مبدأ المصلحة في الإجراءات:

إن مناط إجراءات الخصومة هو تحقيق الحماية القانونية لكل من المتخاصمين، فالمدعي يستهدف حماية مركزة باستصدار حكم له، والمدعي عليه يستهدف حماية مركزة يمنع صدور حكم ضده، ومن ثم فإنه لا تقبل منهما كل ما يتقدما به من إجراءات لحماية مراكزهم، حيث يشترط أن تتوافر المصلحة في الإجراء المطلوب اتخاذه كي لا يؤدي ذلك تعطيل الفصل في المنازعة، وعبء إثبات المصلحة في الإجراء لا يقع على عاتق من يباشر الإجراء إنما يقع على من يتخذ الإجراءات في مواجهته.

4- مبدأ تسيير القاضي او الخصوم للخصومة

عادة لا يلجأ الخصوم إلى القضاء، إلاّ بعد فشلهم في التوفيق بين مصالحهم وإيجاد مخرج لمنازعاتهم لذلك يكون من المصلحة أن يترك تسيير الخصومة إلى القاضي، وأن لا تترك الخصومة ملكاً لأصحابها ويكون للقاضي سلطة إلزام الخصوم بالقيام بنشاط معين لمدة معينة، كي يضمن تحقيق العدالة في أقل وقت وبأقل النفقات.

5- مبدأ التقاضي على درجتين

ومقتضى هذا المبدأ أنه يكون للشخص حق الإلتجاء للقضاء أمام درجتين مختلفتين، مرة أولى لكي يحصل على حكم في المنازعة، وثانية بتوجيهه لطعنه إذا كان له مقتضى، في ذلك الحكم، ويتحقق هذا المبدأ فائدة مزدوجة، فهو يحث قضاة أول درجة على توخي العدالة، وعلى العناية بفحص إداعاءات الخصومة وبصحة

تطبيق القانون، كما أنه يمكن المتقاضين عن تصحيح أحكام محكمة أول درجة التي أصدرتها من خطأ أو جهل أو تقصير.

خصائص الإجراءات القضائية في مجال الدعوى الإدارية:

يمكن إجماع الخصائص الذاتية للإجراءات القضائية في الدعوى الإدارية فيما يلي:

1- إنها إجراءات يغلب عليها الطابع التحقيقي أو الاستقصائي.

يتنازع إدارة الدعوى القضائية عموماً نظامان رئيسيان[1]:

(اولهما) النظام الإتهامي (المنطوي على الاتهام) وهو النظام الذي يسمح لأطراف الدعوى بقدر أكثر من الحرية في إدارة دعواهم دون الإخلال بما للقاضي من دور في سير الدعوى، ويلازم هذا النظام الدعوى المدنية على وجه الخصوص.

(وثانيهما) النظام التحقيقي أو الاستقصائي ويتميز بإعطاء القاضي الدور الأكبر في إدارة الدعوى، ويسود النظام الاستقصائي على إدارة الدعوى الإدارية حيث تقتضي طبيعة هذه الدعوى أن تقوم القاضي بدور إيجابي في تسيير الدعوى وتوجيهها، ولا يترك ذلك للخصوم، والعلة في ذلك أن هذه الدعوى تقوم على روابط القانون العام وتتمثل في خصومة مردها إلى المشروعية وسيادة القانون، وتتجرد بالتالي من لُدد الخصومة الشخصية التي تهيمن على منازعات القانون الخاص.

فسلطة القاضي الإداري في المنازعة الإدارية لا حدود لها في إدارة الدعوى ودوره الإجرائي فيها لتحقيق مبدأ المواجهة في الإجراءات ومن ثم يحق طلب ملف الدعوى من الإدارة وكافة الوثائق والمستندات مع إعطاء الخصم حق الإطلاع عليها.

ولما كانت الخصومة الإدارية خصومة غير شخصية فإن على جهة الإدارة تقديم العون للقاضي في إدارة الدعوى بل يعد ذلك من أوجب واجباتها للدفاع عن المشروعية، جعلها أن تتوقف عن إنكار الحقائق الثابتة أو إخفائها وأن تبادر لذكر

---

[1] -د.شادية إبراهيم المحروقي، الإجراءات في الدعوى الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط2005، ص65.

الوقائع الصحيحة الماثلة في الأوراق التي بين يديها وتباعد بينها وبين العنت الذي يرهق خصومها[1].

وعلى الرغم من سيادة النظام الاستقصائي فإن الدعوى الإدارية لا تخلو أيضاً من مظاهر النظام الإتهامي الذي يميز الدعوى المدنية فالقاضي الإداري لا يتحرك من تلقاء نفسه وإنما يجب رفع الدعوى الإدارية أمامه من صاحب المصلحة في رفعها.

2- اتسامها بالبساطة والسرعة وقلة النفقات

يترتب على تمتع الإجراءات القضائية الإدارية بصفتي الاستقصائية أو التحققية والمواجهة اتسامها بالسرعة، ويترتب على سيطرة القاضي على الخصومة سرعة الفصل في المنازعات التي لا تترك لمجاملات الخصوم.

كما تتسم الإجراءات الإدارية بالبساطة وعدم تراكم المستندات في ملف القضية، ذلك ناجم من السمة التحقيقية الإيجابية للإجراءات القضائية الإدارية. كما أن الغالب في الدعوى الإدارية اعتمادها على المستندات إذ لا حاجة إلى سماع الشهود (أي انها دعوى مستندية)[2].

ومن سمات الدعوى الإدارية قلة التكاليف إذ أن رسومها أقل نسبياً من الدعاوى المدنية وغيرها.

كما تتسم الإجراءات بالمرونة والتطور نظراً لطبيعتها غير المقننة، وللقاضي دور في البحث عن القواعد الإجرائية الجديدة التي يستنبطها من المبادئ العامة للإجراءات.

3- تعتبر الإجراءات القضائية الإدارية نقطة التوازن بين مصالح الإدارة والأفراد:

---

[1] -نداء أطلقته محكمة القضاء الإداري في مصر في 1957/11/17 لجهة الإدارة من أجل معاونة القاضي في معالجة الدعوى، المرجع السابق، ص68.

[2] -أبو محمد محمود أبو قصيصة ص123.



تعمل الإجراءات القضائية الإدارية على إعادة التوازن بين أطراف الخصومة، وتأتي ضرورة هذا التوازن كون أن الإدارة هي صاحبة المبادرة في مواجهة الأفراد ومما يجعلها دائماً في موقف المدعى عليه، والأفراد يجدون أنفسهم غالباً في موقف المدعي وعليهم عبء إثبات ما يدعون، وهو عبء ثقيل، مما يستوجب تدخل القاضي لإعادة التوازن بإتباع إجراءات من شأنها تحقيق هذا التوازن ومنها: تقارير الخبراء أو الانتقال والمعاينة والإطلاع وسماع الشهود والتحقيق في الدعوى.

سير إجراءات المنازعة الإدارية في القانون السوداني

تنص المادة الرابعة من قانون القضاء الإداري لسنة 2005م في المادة (4) علي إجراءات رفع الطعن في القرار الإداري وتقرأ كما يلي :

1. يرفع إلي القاضي المحكمة العليا المختص، بعريضة كل طلب طعن في قرار إداري صادر من رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء الاتحادي أو حكومة ولاية أو وزير اتحادي أو ولائي.
2. يرفع الي المحكمة الاستئناف المختصة بعريضة كل طلب طعن في قرار إداري صادر من أي سلطة عامة غير المذكورة في البند "1"
3. تتضمن العريضة المذكورة في البندين "1" "2" أعلاه بالإضافة إلي البيانات العامة التي تشمل عليها عريضة الدعوى الأتي:

أ- بيان القرار المطعون فيه.

ب- أسباب الطعن.

ج-طلبات الطاعن .

د- إذا كان القرار المطعون فيه مما يجوز التظلم منه إلي الجهة الإدارية المختصة وجب أن يبين بعريضة الطعن التظلم ونتيجته.

هـ- ترفق بالعريضة صورة من القرار المطعون فيه والمستندات المؤيدة للطعن.

4- إذا رفضت الجهة الإدارية تسليم الطاعن أو لم تمكنه من الحصول على صورة من القرار الإداري المراد الطعن فيه، على القاضي

المختص قبول العريضة وإصدار أمرها للجهة الإدارية بتسليم الطاعن صورة من ذلك القرار.

كما تنص المادة (11) من ذات القانون المنظومة القانونية الحاكمة لسير الدعوى (الطعن) والتي تقرأ كما يلي (فيما عدا ما نص عليه هذا القانون يتبع في رفع الطعن والفصل فيه الإجراءات المقررة لرفع الدعوى والفصل فيها بموجب نصوص قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983 ويتسنى من ذلك تطبيق المادة 4/33 منه إذا اقتصرت طلبات الطاعن فقط على طلبات إلغاء القرار الإداري).

لم تكن هناك أي إشكالات حينما كان قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م وهو القانون الذي ينظم الطعن في القرار الإداري في الفصل الثاني عشر منه، ولكن بعد صدور قانون القضاء الإداري لسنة 2005م بإعتباره قانوناً خاصاً يقيد الإجراءات والقواعد المتعلقة بنظر الطعن في القرار الإداري فتتبع ذات القواعد التي تحكم رفع الدعوي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، حيث يعدو ذلك القانون بمثابة الشريعة العامة (Common Law) الواجبة التطبيق في كل ما يتصل بسير الدعاوي وتحقيقها وإثباتها والحكم فيها، وهذا ما جاء في المادة الرابعة من قانون القضاء الإداري لسنة 2005م يتبع في رفع الطلب والفصل فيه الإجراءات المقررة لرفع الدعوى ونظرها الفصل فيها ".

ضرورة إتباع إجراءات قضائية تحكم الدعوى الإدارية لإجراءات الدعوى المدنية:

دأبت المحاكم الإدارية في السودان على الالتزام بقانون الإجراءات المدنية لضبط إجراءات الدعوى استناداً لنص قطعي وارد في كل التشريعات المنظمة للطعن في القرار الإداري ابتداء من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974 ثم قانون الإجراءات المدنية لسنة 1984 ثم قانون القضاء الدستوري الإداري لسنة 1996 وانتهاءاً بقانون القضاء الإداري لسنة 2005م بناء على نص المادة (4) منه: بالرغم من النص السالف إلاّ أن الضرورة العملية تقضي اتباع إجراءات مغايرة لإجراءات الدعوى المدنية وذلك للأسباب الآتية:

1- تتميز القضايا الإدارية بأن أحد أطرافها دائماً جهة إدارية تتمتع بإمتيازات السلطة العامة مما يضعها في مركز القوة، فهي تملك المستندات والمكاتبات المتعلقة بالخصومة القضائية، مما يلزم ان يتمتع القضاء الإداري بحرية واسعة من تطبيق إجراءات من طبيعة خاصة وسلطات لا حدود لها في إدارة الدعوى الإدارية.

2- أن القضايا الإدارية من طبيعة عينية أو موضوعية الهدف فيها صيانة بمبدأ المشروعية وسيادة حكم القانون وتحقيق الصالح العام.

فقد تتعارض كثير من القواعد الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية مع طبيعة المنازعة الإدارية والأوضاع الخاصة للقضاء الإداري ومن أمثلة ذلك:

1- عدم الأخذ بفكرة الأحكام الغيابية أمام المحكمة الإدارية لتعارضها مع طبيعة القضاء الإداري، حيث ان جميع الأحكام الصادرة تكون حضورية، فبعد إعلان الدعوى الإدارية وحضور أطرافها وتقديم كل طرف مستنداته وإطلاع الطرف الآخر عليها، فلا سبيل لإحتمال صدور الحكم غيابياً ، حيث يعتبر الخصم في المنازعة الإدارية حاضراً على الدوام ما دام إعلانه قضائياً قد تم صحيحاً .

2- عدم الأخذ بنظام ترك الخصومة لتعلق ذلك بالنظام العام.

الفصل الخامس
سلطة المحكمة الإدارية في وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه

أعطى المشرع في قانون القضاء الإداري لسنة 2005 في مادته التاسعة المحكمة الإدارية (تلك المختصة بنظر الطعون الإدارية) سلطة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وجاء منطوق النص كما يلي (لا يترتب على رفع الطعن وقف أحكام المادة الرابعة، وفق تنفيذ القرار المطعون فيه، على أنه يجوز بناء على طلب ذوي الشأن الأمر بوقف التنفيذ متى ما رأت أن نتائج التنفيذ يتعذر تداركها أو جبرها بالتعويض المالي او يترتب عليه ضرر لأي طرف).

للدعوى بصفة عام شقين: (أولهما): موضوعي يتصل بأصل الحق ويصدر بشأنه حكم ذي حجية دائمة. (ثانيهما) مستعجل يهدف طالبه الحصول على حماية وقتية لحين الفصل في الموضوع بحكم يجوز حجية موقفه متى توفر موجبه[1].

في الأصل أنه لا يترتب أثر للطعن في القرار الإداري أمام المحكمة المختصة على نفاذ القرار الإداري المطعون فيه، إلاّ لأدت الطعون الكيدية إلى شلل نشاط الإدارة، تتمتع القرارات الإدارية بقرينة المشروعية مما يجعلها نافذة حتى يقضي بعدم مشروعيتها بحكم قضائي قاطع وذي حجية، ولقد أكد قضاء المحكمة العليا في السودان هذا المبدأ في سابقة شركة أطلس/ضد/مصلحة الطيران المدني (م ع/ط أ س/1406/6هـ) بقولها (لا يترتب على رفع الطعن أن يوقف تنفيذ القرار المطعون فيه)، كما جاء في قضاء نفس المحكمة في سابقة سارة الرشيد/ضد/مجلس تنظيم مهنة القانون (إن القرار الإداري سار ونافذ إلى أن يفصل في الطعن الإداري، وليس هناك وجه للقول بوقف القرار إلى حين أن يصدر الحكم في الدعوى الإدارية).

---

1 - د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط2008، ص5.

ولقد قررت وأكدت محكمة القضاء الإداري في مصر على استثنائية وقف تنفيذ القرار الإداري حيث ذهبت إلى (...كل قرار إداري مشمولاً بالنفاذ بقوة القانون، ولا يترتب على مجرد طلب إلغائه وقف تنفيذه)[1].

إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء يكون بمقتضاه للقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه إذا رأى أن تنفيذ ذلك القرار قد يترتب عليه نتائج لا يمكن تداركها أو جبرها بالتعويض المالي أو العيني أو يترتب ضرر من إيقاف التنفيذ لأي طرف).

ويبرر هذا الطابع الاستثنائي في حق المحكمة في وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بأنه ضرورة لازمة لكبح جماع الإدارة وحملها على احترام قواعد المشروعية فيما تصدره من قرارات لعلمها المسبق بان حيادها عن ذلك سيقابل بوقف تنفيذ القرار مما يفقدها هدفها بقصد الإضرار بالأفراد معتمدة في غايتها هذه على بطء القضاء في الفصل في الدعوى الذي يستغرق أمداً قد يطول ما بعد تنفيذ القرار الإداري تنفيذاً كاملاً، كما يلحق بالمخاطب بالقرار أضراراً لا يزيلها الحكم بإلغائه الأمر الذي يجعل منه حكماً مفقداً لقيمته العملية ومخيباً لآمال المدعى (الطاعن) حيث لم يجن فيه سوى إضاعة الوقت والجهد[2].

ولقد بررت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا الطابع الاستثنائي لوقف تنفيذ القرار المطعون فيه بقولها (وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء إنما استهدف من ذلك تلافي النتائج الخطيرة التي تترتب على تنفيذها مع الحرص في الوقت نفسه على مبدأ سلامة القرارات الإدارية وقابليتها للتنفيذ)[3].

---

[1] -محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 99 لسنة 25ق بتاريخ 1970/12/23، راجع د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، مرجع سابق، ص18.

[2] - د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، مرجع سابق، ص19.

[3] - حكمها في الطعن رقم 3104/جلسة 1990/12/1 ث3مها في الطعن رقم 3104/جلسة 1990/12/1 ، د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، مرجع سابق، ص19.



ولما كان وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه هو استثناء من الأصل العام فإنه يخضع للضوابط العامة للاستثناءات من عدم جواز التوسع فيه أو القياس عليه.

ويُكيف الحكم بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بأنه من الأمور المستعجلة والمؤقتة، فالمحكمة يجب أن تنظر للأمر نظرة أولية ولا تتعرض لموضوع الدعوى إلاّ بالقدر الذي يسمح لها بتكوين رأي في خصوص وقف التنفيذ دون أن يستبق قضاء الموضوع إلى عقيدة فيه، وهذا ما ألمحت إليه المحكمة العليا في السودان في قضية أطلس/ضد/مصلحة الطيران المدني المشار إليها آنفاً بقولها (... إن علينا أن نتوخى الحذر الشديد عند تناول مسألة وقف التنفيذ حتى لا نتعرض إلى أشياء تمس موضوع الدعوى التي هي أمر منفصل).

وعلى الرغم من أن الحكم بوقف التنفيذ يُعد حكماً مؤقتاً، إلاّ أنه قطعي وله مقومات الأحكام وخصائصها، ويجوز الطعن فيه أمام المحكمة الأعلى استقلالاً مثل أي حكم انتهائي[1].

لا تستطيع المحكمة العدول عن قرارها بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه، ولكن هذا لا يقيد المحكمة بأن تفصل في موضوع الطعن، فيجوز أن تعدل فيه كلياً أو جزئياً لأن قرارها الأول حكم وقتي يتناول الوجه المستعجل للنزاع دون المساس بأصل الطعن، ذلك أن طبيعة إجراء وقف التنفيذ توجب أن تحتفظ المحكمة بحريتها في إلغاء القرار أو عدم إلغائه بصرف النظر عن حكمها الصادر بوقف تنفيذه، حتى لا يكون حكمها السريع في طلب وقف التنفيذ حائلاً بينها وبين إعمال حكم القانون السليم فيما يتعلق بمشروعية القرار المطلوب إلغاؤه.

شروط قبول طلب وقف تنفيذ القرار الإداري:

إن من شروط قبول طلب تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه ما هو شكلي وما هو موضوعي كما يلي:

---

1 – هنري رياض، أشهر القضايا الإدارية، مرجع سابق، ص150.



1- الشرط الشكلي:

يعد طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه من الأمور المستعجلة التي لا علاقة لها بموضوع الطعن إلا أنه طلب متفرع منه، فيجب أن يكون الطلب قائماً على أسباب جدية يقرها القاضي ولا يمنع أن يكون طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه مقترناً بعريضة الطعن، حيث أشارت المحكمة العليا في إحدى القضايا (إن وقف تنفيذ القرار الإداري لحين الفصل في الطعن لا يكون إلا بناء على طلب ذوي الشأن وبعد سماع الطرف الآخر وبالشروط الواردة في القانون).

إلا أن النظام القانوني المصري في المادة (49) من قانون مجلس الدولة المصري بشأن الدعوى الإدارية يشترط اقتران طلب وقف تنفيذ القرار بصحيفة الدعوى والمقصود أن يتزامن طلب وقف التنفيذ بطلب الإلغاء).

لقد وقع خلاف فقهي حول مدى قبول طلب وقف التنفيذ مستقلاً عن طلب الإلغاء، فيرى جانب من الفقه بجوازه بعد رفع الدعوى في طلب مستقل بشرط أن يكون خلال ميعاد رفع دعوى الإلغاء، وجانب آخر يوافقه اتجاه القضاء المصري مفاده أن اقتران طلب الوقف بطلب الإلغاء من الشروط الجوهرية، فإن طلب وقف التنفيذ يصبح غير مقبول لعدم الاقتران.

القانون السوداني سكت عن هذا الشرط المتعلق بالاقتران وذكر فقط على طلبه بواسطة الطاعن.

الشرط الثاني: يجب أن تكون نتائج تنفيذ القرار مما يتعذر تداركها بالتعويض المالي أو العيني (شرط الاستعجال).

لقد فسر الفقه والقضاء هذا الشرط بأنه يعني ضرورة قيام حالة الاستعجال، بحيث إذا قدرت المحكمة أموراً يخشى عليها من فوات الوقت أو نتائج يتعذر تداركها العيني أو المالي.

ومن ثم فإن الأضرار العادية الممكنة التدارك في حالة القضاء بإلغاء القرار غير كافية لقيام الاستعجال الموجب لقبول طلب وقف تنفيذه.



وتقرير الاستعجال بمفهومه السابق متروك لتقدير محكمة الموضوع حسب وقائع وظروف وملابسات كل دعوى بالإضافة لموقف المدعي نفسه من توخي تلك النتائج لوسائل مشروعة ومباحة.

ولقد أشارت المحكمة العليا في السودان لجملة من المبادئ حول الشروط الموضوعية لطلب وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه وسلطة المحكمة في تقدير تلك الشروط حيث جاء في سابقة شركة أطلس/ضد/مصلحة الطيران (أن الفصل في مسألة وقف تنفيذ قرار إداري تتطلب تقديم أسباب مقنعة لذلك).

ولقد أطالت تلك المحكمة في حيثياتها معددة لضوابط مهمة لتقدير شرط الاستعجال ويظهر ذلك في سابقة سارة الرشيد/ضد/مجلس تنظيم مهنة القانون فذهبت تقول (لا ينبغي إيقاف قرار مفترض صحته حتى يكسب مقدم الطلب الزمن، وقد يكون في الطلب تعسف فإن على المحكمة حماية المواطنين من تعسف الإدارة، فعليها أن تكون حذرة إذ عليها أيضاً حماية الجهات الإدارية من تعسف المواطنين بنفس القدر).

الشرط الثالث: ألا يترتب على إيقاف التنفيذ ضرراً لأي طرف

(هذا الشرط مستحدث ويقابل شرط أن يكون وقف التنفيذ عادلاً في كل الوجوه) في قانون الإجراءات المدنية 1983.

يضع القانون قيداً على المحكمة عند النظر في وقف تنفيذ القرار الإداري مقتضاه أن يكون ذلك الإيقاف عادلاً ولا يترتب عليه ضرر لأي طرف من أطراف الدعوى.

ولقد أشارت سابقة سارة الرشيد/ضد/مجلس تنظيم مهنة القانون مبادئ في غاية الأهمية يهتدي بها القاضي الإداري عندما يفصل في طلبات إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها وذهبت تقول (مهمة المحكمة عند نظر الطعون الإدارية أن تستوثق أن السلطات الإدارية تُعمل اختصاصاتها وفق القانون وإن عليها أن تنأى بنفسها عن القرارات الجزافية التي توقع الظلم على المواطنين، وعلى المحكمة نفسها

من باب أولى أن تبتعد عن القرارات الجزافية وأن تصدر قراراتها في وقت التنفيذ بتمهل وتبصر، فإذا أوقفت المحكمة القرارات الإدارية تلقائياً بمجرد تصريح عريضة الدعوى تكون بذلك قد هيمنت بطريقة غير مباشرة على أداء غيرها، وقد يكون أداء غيرها سليماً ولا داعي لإيقافه إلى أن تثبت سلامته).

ولقد قررت السابقة المشار إليها آنفاً في معرض إرسائها لمبدأ قانوني مفاده أن يكون وقف التنفيذ عادلاً لكل أطراف العلاقة الإدارية (... إن القرار يمس أعداداً آخرين من الطلاب الجدد الراغبين في الامتحان وهم غير طرف في الأمر المطروح وليس من العدل إيقاف الإمتحان).



الفصل السادس

الفصل في المنازعة الإدارية وتنفيذ أحكامها

بعد الإنتهاء من دراسة كافة جوانب الدعوى (الطعن) بصورة تسمح بإصدار الحكم فيها، يصدر القاضي قراره بإقفال باب المرافعة في الدعوى وحجزها للحكم، ويترتب على ذلك أن تنقطع صلة الخصوم بالقضية حيث يمتنع على الخصوم تقديم دفوع جديدة او طلبات عارضة أو تقديم مذكرات[1]، إلا أن قرار المحكمة بإقفال باب المرافعة ليس حكماً قطعياً، فيجوز للمحكمة أن تعدل عنه من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم، ويشترط أن تعلن المحكمة قرار فتح المرافعة من جديد في الجلسة المحددة للنطق بالحكم وأن يكون هذا القرار مبنياً على أسباب جدية. كما تقرر المحكمة ذلك لو رأت استيضاح بعض عناصر الدعوى أو لمست دفاعاً جديداً يريد الخصم أن يتمسك به[2].

إن منطوق الحكم في دعوى الطعن في القرار الإداري لا يخرج من ثلاث احتمالات:

أ- الحكم برفض الدعوى، إذا تبين للقاضي أن القرار المطعون فيه صحيح من الناحية القانونية في كافة عناصره.

ب-الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه كلياً، أي إنهاء وجوده تماماً واعتباره كأن لم يكن دون أن يحل القاضي محل الإدارة ليتخذ القرار الصحيح.

ج-الحكم بإلغاء القرار جزئياً، وهو ما يحدث عندما يكون من الممكن فصل أجزاء القرار عن بعضها دون ضرر ما إذا كان من غير الممكن فصل الجزء المعيب من القرار عن بقية الأجزاء، فإن الإلغاء يكون كلياً في هذه الحالة.

---

[1] -د.سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص847.

[2] -مولانا/يوسف عثمان بشير، مرجع سابق، ص155.

ويشترط في هذا الحكم ذات القواعد المقررة للفصل في الدعوي بموجب قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م وهي :

1. أن يصدر الحكم في جلسة علنية، وإلا كان باطلاً والبطلان هنا يتعلق بالنظام العام.
2. أن يكون مشتملاً علي الأسباب التي بني عليها والمبررات التي أدت إلي إقناع المحكمة بالرأي التي إنتهت إليه، وذلك بشكل واضح غير مجهل وإلا كان باطلاً .
3. أن يكون منطوق الحكم متسقاً مع هذه الأسباب أو تلك المبررات.
4. أن يكون مختصراً فقط علي طلبات الخصوم.
5. أن يفصل في الدفوع الشكلية والموضوعية وفي طلبات المدعي ومصاريف الدعوى.

إجراءات الفصل في المنازعة الإدارية:

يقصد بإجراءات الفصل في الطعن الإداري تلك الإجراءات التي تبدأ بعد قفل باب المرافعة وتنتهي بالنطق بالحكم.

(1) تحضير الحكم القضائي

الحكم القضائي هو (القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً قانونياً في منازعة مطروحة أمامها وفقاً لأحكام القانون).[1]

والمراد بتحضير الحكم تلك العملية الذهنية التي تقوم على أساسين هما تحري صحة الوقائع بفحصها والوقوف على حقيقتها، ثم التطبيق القانوني بإجراء حكم القانون على ما يثبت لديها من وقائع نتيجة للتحري الذي قامت به المحكمة.[2]

(أ) تحري صحة الوقائع:

---

[1] -تعريف المحكمة الإدارية العليا المصرية، حكمها في 1982/5/15، د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص874.

2 – مولانا/ يوسف عثمان بشير، مرجع سابق، ص154.

عندما تبدأ المحكمة في تقدير الوقائع المعروضة أمامها تجد نفسها أمام عدد من الوقائع وقد تكون متعارضة فعلى المحكمة الإحاطة التامة بكل هذه الوقائع والتحقق من أنها تستوفي شروط قبولها من حيث تعلقها بالنزاع ومنتجة فيه وجائزة القبول قانوناً وفقاً لقانون الإثبات.

(ب) التطبيق القانوني:

التكييف القانوني هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية بإجراء مقابلة وقياس بين الحالة الواقعية ونصوص القانون.

2- تسبيب الحكم القضائي:

التسبيب شرط شكلي يتعين ان يتضمنه الحكم (المواد1/103، 1/104 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983) وهو مجموعة الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي استندت عليها المحكمة في تكوين عقيدتها بالحل الذي ضمنته حكمها[(1)].

والتسبيب هو المحصلة النهائية لتحري المحكمة لصحة الوقائع ويجب أن تؤدي هذه الأسباب إلى منطوق الحكم.

وتظهر أهمية التسبيب للأحكام القضائية في أنها تحمل القضاة على توخي الدقة وبذل العناية في أحكامهم، علاوة على أن الأسباب تفسر منطوق الحكم وتحدد معناه، كما أنها تمكن المحاكم الاعلى عند الطعن أمامها من ممارسة اختصاصها على الوجه السليم.

ومن شأن التسبيب تمكين الخصوم من معرفة مبررات قبول أو رفض طلباتهم ودفوعهم ومن ثم إمكانية الطعن فيها إذا تبين خطأ المحكمة في التكييف القانوني للوقائع المكونة للدعوى.[(2)]

---

[1] -د.حسن السيد بسيوني، مرجع سابق، ص265.

2 -د.سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص849.

الفصل السابع

سلطة المحكمة الإدارية في فرض الجزاءات علي الهيئات الإدارية

أعطي القانون الإنجليزي المحاكم إن تصدر أوامر متعددة للإدارة كالإلغاء والإجبار والحظر والمنع والحكم بتقدير الحقوق والتعويض، خلافاً للقضاء الإداري الفرنسي والمصري، الذي لا يعرف إلا جزاء واحدا هو الإلغاء فليس للقاضي إن يعدل القرار المعيب أو أن يستبدل به قرار جيداً أو أن يصدر أوامر للإدارة لأن هذا في نظر القانون القاري يتنافي مع مبدأ الفصل بين السلطات أما جزاء التعويض فقد رسم له القانون في كل من مصر وفرنسا دعوي القضاء الكامل[3].

وإذا نظرنا في القانون السوداني وجدناه قد أتبع نهج المحاكم الإنجليزية في تطبيق الجزاءات التي كانت تطبيها المحاكم الإنجليزية بعيداً عن شكلياتها المعقدة، فالقانون الإنجليزي عند النظر في المطالبة بالجزاءات يذهب إلي أنها تطبق عند تجاوز الإدارة سلطاتها " الانحراف " أو مخالفة الشكل أو وقواعد الاختصاص وكأنما يبدأ بالمخالفة ثم يصل إلي تطبيق الجزاء حولها، وهذا ما سار عليه القانون السوداني [1].

لم يحصر المشرع السوداني هذه الجزاءات في بادئ الأمر تاركاً ذلك للسوابق التي رسخت فيها، ولم يرد في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م إلا جزاء التعويض في المادة "213" وهذا ما جعل الظن بأن جزاء الإلغاء منصوص عليه في تلك المادة والتي تقرأ كما يلي (تفصل المحكمة المختصة في طلبات التعويض عن الضرر الناتج عن القرارات الإدارية أيا كانت وسواء رفعت إليها بصفة أصيلة أو بطريقة التبعية لطلب إلغاء القرار الإداري).

---

[3] د. سليمان الطماوي القضاء الإداري ورقابته الأعمال الإدارة مرجع سابق، ص 715.

[1] مولانا / محمد محمود أبو قصيصة، مبادئ القانون الإداري السوداني، مرجع سابق، ص 81.

ويري القاضي أبو قصيصة أن هذا النص لم ينشئ جزاء إلغاء وإنما أنشأ جزاء التعويض بطريقة التبعية لطلب الإلغاء وأن هذا النص كاشف له [2].

ولقد أحسن المشرع السوداني صنعاً في قانون القضاء الدستوري والإداري لسنة 1996م الملغي ونهج نهجه قانون القضاء الإداري لسنة 2005م واعطي المحكمة سلطة فرض الجزاءات علي الإدارة في المادة " 12" والتي تقرأ كما يلي: (يجوز للقاضي المختص أن يصدر حكمه بالآتي :

1. الغاء القرار الإداري المطعون فيه
2. منع الجهة الإدارية من التصرف علي وجه معين.
3. إجبار الجهة الإدارية علي إتخاذ إجراء معين.
4. تقرير الحق.
5. تعويض المضرور عن الضرر الناتج من القرار الإداري)

والجزاءات الواردة في هذا النص هي :

1. الإلغاء.
2. أمر المنع.
3. امر الإجبار
4. التقرير القضائي بإعلان الحقوق.
5. حق التعويض.

ولم يورد المشرع في المادة "12"سالفة الذكر جزاء الحظر prohibition المعروف في القانون الإنجليزي والذي يطبق في الحالات التي تصدر فيها الجهات الإدارية قرار يخرج عن اختصاصها، كأنما جزاء الحظر محله القرارات التي تنوي الجهة الإدارية إتخاذها وهذا الحظر واضحاً في قضية المستر رايموند بلاكبرن الإنجليزي الذي يطالب فيها بأن يقوم المجلس البلدي الأعلي بلندن إيقاف عرض الأفلام الخليعة والماجنة للمحافظة علي الأخلاق.

---

(2) المرجع سالف الذكر، ص 81.

والمشرع السوداني لم يذكر جزاء الحظر ذلك لأن القانون السوداني يجيز الطعن في القرارات التي صدرت بالفعل لا القرارات التي يتوقع صدورها[1].

لم يأت المشرع السوداني، بهذه الجزاءات من العدم فهي مرتبطة بالنسيج التشريعي والهيكلي للقوانين الإدارية السودانية، فالسمة الغالبة لهذه التشريعات ترخص للقضاء بفرض جزاءات علي الإدارة كقانون الضرائب وقانون إعادة تخطيط المدن وقانون تسجيلات الأراضي وقانون نزع ملكية الأراضي وغيرها[1].

وفيما يلي نناقش بشئ من التفصيل هذه الجزاءات.

أولاً : جزاء الإلغاء :

ويعد جزاء الإلغاء من أهم الجزاءات التي تفرضها المحكمة علي الجهات الإدارية فللمحكمة سلطة إلغاء القرار متي ما أتضح عدم مشروعية دون التعرض للوقائع إلا في الحالات التي يكون فيها شرطاً قانونيا لممارسة سلطة الإدارة، ومن الشواهد علي هذا الجزاء في السوابق القضائية سابقة بنك النيلين – ضد– لجنة استئناف العاملين بالخدمة العامة، حيث ألغت المحكمة قرار اللجنة بعدم اختصاصها بالنظر في ترقية موظف يتبع لشركة خاصة[2].

وإلغاء القرار أما أن يكون كلياً أو جزئياً، فالإلغاء الكلي هو يتناول القرار المطعون فيه في مجموعه، وذلك بإعدامه كلية وبكل آثاره منذ تاريخ صدوره، بينما الإلغاء الجزئي واحداً أو أكثر من الآثار التي ترتبت عليه، أو جزءٍمن أجزاء ذلك القرار دون بقية الآثار أو الأجزاء الأخري، ولكن لا يمكن للقاضي أن يحكم بالإلغاء الجزئي إلا إذا كان ذلك ممكناً، كما لو كان الجزء المطلوب إلغاءه مرتبطاً بآثار أو بأجزاء القرار الأخري إرتباطاً لا يقبل الفصل بينهما[3].

---

[1] هنري رياض، ترشيد الفكر القانوني في التعسف في استعمال السلطة الإدارية ترجمة لمؤلف دار الجيل، ط 1981م، ومولان / محمد محمود أبو قصيصة، مرجع سابق، 83.

[1] هذا ما ذهب اليه القاضي ابو قصيصة في سابقة. د. حامد ابراهيم محمد واخرون – ضد– وزير المالية والتخطيط، مجلة الأحكام القضائية "1992م"، ص 387.

[2] مولانا محمد محمود أبو قصيصة، مرجع سابق، ص 83، مجلة الأحكام القضائية 1989م، ص 425.

[3] أ .د. رمضان محمد بطيخ، الحكم دعوي الإلغاء، البحث المشار إليه آنفاً، ص 55.



ثانياً : جزاء أمر المنع : Write of prohibition.

وهو أمر تصدره المحكمة تلتزم فيه جهة الإدارة بالإمتناع عن القيام بعمل معين، وأمر المنع يستهدف جزاءًمقبلاً أو متوقعاً في المستقبل أو حالا عندما تكون الدعوي معروضة علي القضاء[4].

وهذا الأمر لا يقوم علي أساس خطأ في القانون أو في الوقائع وإنما أساسه الضرر بمصلحة مشروعة.ويجب أن يكون هذا الأمر بالمنع محدداً وملزماً قانوناً وهو يخول للمحكمة السلطة التقديرية في التدخل بالمنع تلجأ المحاكم لامر المنع لإحكام الرقابة علي إساءة التقدير الإداري فلا تهدف المحاكم بأمر المنع تقييد حقوق مجردة أو منع أخطاء متوقعة[1].

ومن أهم السابق القضائية التي أرست هذا الجزاء سابقة سلطات مباني الخرطوم – ضد – ايفا نجيلوس ايفا وتتلخص وقائع هذه القضية أنها في عام 1957م أنذرت سلطات المباني صاحب المبني الذي به فندق البيون بإزالة ذلك المبني بموجب القانون، حيث رأت أن مبانيه خربة، وأحتج مستأجر الفندق طاعناً في قرار البلدية، فأصدرت المحكمة العليا أمر للسلطات بمنعها من هدم المبني[2].

ثالثاً : أمر الإجبار : mandamus

وسمي أمر الامتثال، وهو أمر قضائي بإجبار جهة الإدارة علي القيام بعمل شئ معين، يطبق هذا الجزء في القرارات المتعلقة بالأجهزة الإدارية المحلية، كما يطبق بالنسبة للدعاوى ضد الجهات الإدارية التي يكون عملها ذا طبيعة قضائية[3].

من الشواهد القضائية علي هذا الأمر قضية محافظة الخرطوم – ضد – بشير عبد الله السلمابي .. حيث رفض محافظ الخرطوم إصدار موافقة علي بيع قطعة أرض من أراضي الخطة الإسكانية حتي يتمكن الطاعن من تسجيل ذلك البيع،

---

[4] المحامي جليل قسطو الرقابة علي أعمال الإدارة في النظام الإنجليزي دراسة مقارنة مع فرنسا ومصر كمجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين العراقية، العدد الثاني، السنة الثامنة والعشرون، ص 71.

[1] مولانا محمد محمود أبو قصيصة، مرجع سابق، ص 83،

[2] مجلة الأحكام القضائية ، 1957 .

[3] المحامي / جليل قسطو الرقابة علي أعمال الإدارة في النظام الإنجليزي مرجع سابق 83.

فأصدرت المحكمة أمرها بإجبار جهة الإدارة بتسجيل البيع لأن قرار المحافظ لم يكن سبباً عند رفضه للموافقة، وهذا يعد أمراً بإجبار محافظ الخرطوم بإصدار موافقة للبيع حتي يتسنى تغيير سجل القطعة في اسم الطاعن[4] .

ويجب التنبيه إلي أن المحكمة عندما تصدر هذا الأمر أعمالاً لسلطتها التقديرية لا تصدره إلا إذا تأكد لديها أنه الأجراء الوحيد الذي يمكن الإلتجاء إليه، وذلك بعد أن يكون صاحب الشأن قد أستنفد كافة طرق الطعن القانونية التي يخولها له القانون[1].

ولا يخول للمحكمة أن تجبر الإدارة لأن تؤدي عملا ليس من إختصاصها، وهذا ما أشارت إليه سابقة د. حامد ابراهيم محمد واخرون – ضد – وزير المالية والتخطيط، حيث ذكر القاضي العالم أبو قصيصة ألا يستقيم أمر الإجبار مع دور المحكمة التي ألغت قرار وزير المالية بسبب لم يكن في رأيها جهة اختصاص، وكان من الممكن للمحكمة أن تصدر أمر الإجبار إذا كان القرار من اختصاص وزير المالية لكونه قد خالف القانون [2] .

رابعاً : التقرير القضائي بإعلان الحقوق Declaratory judgment

تقرر المحكمة في هذا الجزاء حقوق للأطراف، ومن الأمثلة علي ذلك التأكيد علي حق موظف عام وتقرير حق مزاولة نشاط مهني أو تجاري، وأيضاً إقرار حق لسلطة محلية [3]ويلاقي هذا الجزاء ترحيباً في فقه القانون الإداري لبيانه التقريري لحقوق الأطراف، علاوة علي أنه يحقق طريقاً من طرق الرقابة القضائية علي أعمال الإدارة.

ومن أهم السوابق القضائية التي تحمل بياناً تقريرياً قضائياً لحق مزاولة نشاط مهني، قضية محمد عبد الله مشاوي – ضد لجنة قبول المحامين، حيث قررت

---

[4] المجلة القضائية "1981م، ص 192.

[1] د. العطا بن العطا، مرجع سابق، ص 73.

[2] مجلة الاحكام القضائية "1992م ص 385.

[3] [13] المحامي جليلي قسطو، الرقابة علي أعمال الإدارة في النظام الإنجليزي / مرجع سابق، ص83 .

المحكمة العليا، أن من واجب لجنة المحامين أن تنظر الطلب الذي تقدم به أحد المحامين لإدراجه في سجل المحاماة رغم أن ذلك المحامي كان قد تعرض لمجلس محاسبة في وقت سابق. وقررت المحكمة أن هذا لا يمنعه من تقديم طلب جديد لتنظر فيه اللجنة وتري إن كان أهلاً للانضمام إلي أسرة المحاماة وربما زالت عثرته السابقة [4].

---

[4] مولانا / محمد محمود أبو قصيصة، مرجع سابق ص 83، مجلة الاحكام القضائية " 1968م ص 128.

خامساً : جزاء التعويض :

من سلطة المحكمة إقرار حق المتضرر في التعويض العادل ممن أرتكب خطأ أو فعلاً ضاراً أو أخل بالتزام قانوني أو تعسف في استعمال السلطة، وتفصل المحكمة في طلبات التعويض عن الضرر الناتج عن القرارات الإدارية أيا كانت قيمتها سواء رفعت إليها بصفة أصيلة أو بطريق التبعية لطلب الإلغاء[1].

---

(1) انظر المادة "27" من قانون القضاء الدستوري والأداري لسنة 1996م.

الفصل الثامن
الآثار القانونية للحكم في المنازعة الإدارية:

يترتب على الأحكام القضائية في المنازعة الإدارية آثاراً قانونية تتمثل في تمتع هذه الأحكام بحجية الشئ المقضى به، وتحكم هذه الآثار علاقة الحكم بالحق موضوع المنازعة والعلاقة بين أطراف الخصومة وعلاقة الحكم بالغير او علاقته بالقضاء.

ويترتب على النطق بالحكم خروج الدعوى من ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم وبالتالي لا تمتلك بعد العدول عما قضت به أو تعديله؛ وإن كان لها أن تصحح ما وقع به من أخطاء مادية كتابية أو حسابية وفقاً لنص القانون الإجرائي.

أولاً : حجية الأحكام في المنازعة الإدارية:

استقر في الفقه والقضاء أن الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية تتمتع بحجية مطلقة أي على الكافة، وتبرر هذه الحجية المطلقة بناء على الخاصية العينية او الموضوعية لدعوى الطعن في القرار الإداري التي تقوم على اختصاص القرار الإداري، ولا يشترط لإعمال حجية الأحكام في الدعوى أو المنازعة الإدارية اتحاد الخصوم أو الموضوع أو السبب فيجوز لكل من لم يكن طرفاً في الدعوى أن يتمسك بهذه الحجية في أي منازعة يثار بشأنها البحث عن مشروعية القرار الملغي، إلاّ أن هذه الحجية المطلقة لا تسري بشأن الأحكام التي تصدرها المحكمة في حالة رفض (شطب) الدعوى إيجازاً لعدم قبولها (لإنعدام المصلحة أو الصفة لإنقضاء أو فوات الميعاد) أو رفضها موضوعاً ، ففي حالة عدم قبول الدعوى فإن هذا الحكم لا يقف حائلاً دون قبول الدعوى إذا توافرت شروط قبولها، أما في حالة رفض الدعوى موضوعاً ، فيضل القرار الإداري قائماً لعدم اقتناع المحكمة بما استند إليه المدعي (الطاعن) في دعواه ولم يفلح في إثبات عدم مشروعيته، إلاّ أن ذلك لا يعني حتماً سلامة القرار.

ثانياً: كيفية تنفيذ الحكم الصادر في دعوي الطعن في القرار الإداري :

تنص المادة (15) من قانون القضاء الإداري لسنة 2005م علي :

("1"تنفذ أحكام المحاكم الإدارية وفقاً للأحكام المتعلقة بالتنفيذ في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م.

تظهر أهمية مشكلة تنفيذ الحكم الإداري من عدة جوانب (أولها) أن القاضي الإداري يقف عند حد إلغاء القرار دون أن يقرر النتائج الحتمية لإلغاء القرار الإداري و(ثانيها) لم يكن بالإمكان للمحكمة اتخاذ وسائل التنفيذ المباشر في مواجهة جهات الإدارة و(ثالثها) ضعف مركز المحكوم له في مواجهة الإدارة ومسلك الإدارة الدائم في المماطلة والتسويف في تنفيذ الأحكام القضائية والذي قد يصل الأمر فيه إلى حد الإمتناع عن تنفيذها[1].

تجريم المشرع لفعل الإمتناع عن التنفيذ :

تعطيل تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية غدا مظهراً حياً للصراع بين سلطة إدارية تجنح بطبيعتها نحو مد اختصاصاتها ما أمكن ذلك، وقاضي همه تطبيق نصوص قانونية مجردة وتوكيد إحترامها بما تصدره من أحكام وهذا الصراع وليد ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية تعمل على ظهوره كما تتحكم بعد ذلك في مدى قوته وعنفوانه[2].

لقد نادي المشرع في قانون القضاء الدستوري والإداري لسنة 1996م (الملغي) بوضع القواعد التي عن طريقها تنفذ الأحكام القضائية في نص المادة (3/27) إلا أن تلك القواعد لم توضع مما جعل المحاكم الإدارية تلجأ لإتباع القواعد المقررة لتنفيذ الأحكام القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م والتي لا

---

[1] - د.حسن السيد بسيوني، مرجع سابق، ص236.

[2] - د.عبدالفتاح حسن، تعليق على حكم بشأن تنفيذ حكم قضائي، مجلة العلوم الإدارية، السنة 6، العدد الأول، ص243.

تتلاءم مع طبيعة الأحكام الصادرة في الدعوى الإدارية التي نخاصم فيها الدولة وأجهزتها الإدارية[3].

ثم كرر قانون القضاء الإداري لسنة 2005م النداء في وضع القواعد التي تنظم تنفيذ الحكم بالطريقة التي تلاءم الدعوي الإدارية وجاء ذلك في المادة (16) التي تقرأ كما يلي : (تنشأ بموجب هذا القانون لجنة القواعد وتتكون من رئيس المحكمة العليا ووزير العدل وأثنين من قضاة المحكمة العليا يحددهما رئيس المحكمة العليا تختص بوضع القواعد التي تنظم الإجراءات التي تتلاءم مع طبيعة الدعوى الإدارية وطرق الإعلان وتنفيذه وتقدير الرسوم).

وحسناً فعل المشرع في قانون القضاء الإداري لسنة 2005م أن أستحدث نصاً يقضي بفرض جزاًءجنائياً في حالة إمتناع جهة الإدارة عن تنفيذ قرار المحكمة القاضي بإلغاء القرار الإداري أو تعيق أو تهمل تنفيذ ذلك القرار، وجاء ذلك في المادة (2/15) (كل من يمتنع أو يعيق أو يهمل في تنفيذ قرار المحكمة الإدارية يكون عرضه للمسائلة الجنائية) .

والجزاء الجنائي المقرر هنا متعلق بواجب الموظف العام، و يشترط في توقيع الجزاء الجنائي المقرر في النص السابق ما يلي : [1].

1.صدور إنذار للموظف المختص والذي امتنع عن تنفيذ الحكم علي يد محضر لإقامة قرينة أن الموظف قد امتنع عن التنفيذ إلا أنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها.

2.أن يكون الإمتناع عن التنفيذ تعمدياً، أي لابد أن يتوافر ركن العمد أو القصد لدي الموظف المختص، أما إذا كان إمتناعه نتيجة لغموض في منطوق الحكم، وأنه طلب بياناً في كيفية تنفيذه، أنتفت المساءلة في هذا الفرض، كما تنتفي أيضاً إذا أثبت

---

[3] د. وهبي محمد مختار، نائب رئيس القضاء (السودان)، دراسة تطبيقية عن موقف القانون الإداري السوداني من مبدأ المشروعية وقضاء الإلغاء، بحث مقدم لندوة القضاء الإداري المنعقدة في الرباط .، تحت رعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية (جامعة الدول العربية)، ص 62.

[1] أ.د.رمضان محمد بطيخ، الحكم في دعوي الإلغاء، البحث المشار اليه آنفاً، ص 57.



أن الإمتناع عن التنفيذ إنما بسبب ما قد يثيره هذا التنفيذ من إضطرابات جسيمة تهدد الأمن أو النظام العام بشكل خطير، والضرورة هنا تقدر بقدرها [2].

---

(2) المرجع السابق، ص 62.